Handbuch

des

im Königreiche Sachſen

geltenden

Civilrechts

von

D. Carl Friedrich Curtius,
Königl. Sächſ. Appellationsrathe in Dresden.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

Vierte vermehrte und nach den neueſten geſetzlichen Beſtimmungen ergänzte Ausgabe.

Leipzig,
bei C. B. Schwickert.
1848.

Vorrede.

Die zweite Abtheilung des zweiten Theils des Curtiusſiſchen Handbuchs erſcheint ſpäter, und rückſichtlich ihres Umfangs auf der einen Seite beſchränkter, auf der andern ausgedehnter, als erwartet werden konnte. Was das Erſtere betrifft, ſo hofft der unterzeichnete Herausgeber auf die Geſchäfte ſeines Berufs, welche zu der vorliegenden Arbeit verhältnißmäßig nur wenige Mußeſtunden übrig ließen, als ausreichende Entſchuldigungsgründe ſich beziehen zu dürfen. Schwieriger dürfte es ſeyn, wegen des zweiten eine gnügende Entſchuldigung darzubringen. Die vorliegende Abtheilung enthält bloß das Erbrecht, und iſt gleichwohl der Bogenzahl nach ſtärker als der ganze zweite Theil der vorigen Ausgabe. Iſt hiermit nicht ein ziemlich bedeutendes Mißverhältniß zu den übrigen Abſchnitten des Werks gegeben? Das möchte freilich nicht in Abrede zu ſtellen ſeyn. Inzwiſchen, um dies als Fehler zuzurechnen, müßte vor Allem als Vorfrage geſtellt werden, ob nicht in den frühern Ausgaben des Werks gerade die ſo wichtige, tief in alle rechtliche Verhältniſſe eingreifende Lehre vom Erbrecht, im Verhältniß zu den übrigen abgehandelten Materien, zu kurz behandelt worden ſey? Abgeſehen hiervon, was dem Urtheil Sachverſtändiger überlaſſen bleibt, weiß der Herausgeber zu ſeiner Entſchuldigung in der That nichts anzuführen, als daß

er bei der Bearbeitung der Lehre vom Erbrecht das neue ſächſiſche Erbgeſetz von 1829, das bekanntlich nicht bloß auf Regulirung der Inteſtaterbfolge ſich beſchränkt, zu berückſichtigen und die vielfachen Punkte hervorzuheben hatte, in welchen dies Geſetz gänzliche Abänderungen, oder doch Modificationen des früher gültigen gemeinen und ältern ſächſiſchen Rechts begründet. Um dies gnügend zu bewirken, war es oft nöthig, etwas weit auszuholen und das ältere Recht wenigſtens in ſeinen Grundzügen darzuſtellen. Auch haben ſeit dem Jahre 1807, in welchem die zweite Ausgabe des Werks erſchien, in Anſehung verſchiedener Lehren des gemeinen Erbrechts, welches im Ganzen auch dem ältern ſächſiſchen Recht zur Grundlage diente, mancherlei Anſichten der Rechtslehrer ſich hervorgethan, welche von unverkennbarem Einfluß auf die Praxis ſind, und daher jetzt nicht unberückſichtigt bleiben konnten. Die beſte Entſchuldigung würde ohne Zweifel ſeyn, wenn die Zuſätze zu der neuen Ausgabe brauchbar und zweckmäßig dargeſtellt befunden werden ſollten; wobei freilich der Herausgeber kein größeres Verdienſt in Anſpruch nehmen könnte, als das, was von berühmten Rechtslehrern älterer und neuerer Zeit gelehrt worden iſt, kurz wieder gegeben, und darauf die Aufmerkſamkeit der Leſer gelenkt zu haben. Auch dies bleibt natürlich der Beurtheilung Sachkundiger anheim geſtellt.

Die weſentlichſte Abweichung der gegenwärtigen Ausgabe von der ältern zeigt ſich im 3ten Abſchnitt des 2ten Hauptſtücks, Capitel 2., wo von der Erbfolge der Ehegatten die Rede iſt, die durch

das neuere Recht eine ganz andere Geſtaltung empfangen hat. Ferner in Capitel 3. deſſelben Abſchnitts. Die ziemlich ausführliche Darſtellung der in neuerer Zeit gänzlich antiquirten Erbfolge in Gerade und Heergeräthe, welche dieſes Capitel früher enthielt, konnte unmöglich in ihrem ganzen Umfange der neuen Ausgabe einverleibt werden. Und da es gleichwohl räthlich erſchien, die Zahl der §§. der ältern Ausgabe auch hier beizubehalten, ſo ward es nothwendig, das beſagte Capitel als einen Abſchnitt zu behandeln, in welchem einige communia des Erbrechts dargeſtellt werden; und demgemäß einige Materien einzuſchalten, welche in der ältern Ausgabe entweder ganz fehlten, oder an andern, zum Theil nicht ganz paſſenden, Orten, wie namentlich das jus accrescendi unter Miterben, dargeſtellt worden waren.

Zu bedauern iſt nur, daß die Zahl der nothwendig gewordenen Verbeſſerungen des Drucks ſo bedeutend geworden iſt, als die nachfolgenden Blätter zeigen. Auch davon muß der Herausgeber die Schuld wenigſtens zum Theil auf ſich nehmen.

Die dritte und letzte Abtheilung wird, ſo Gott will, zu Oſtern 1838 erſcheinen.

Geſchrieben im September 1837.

Philipp Heinrich Friedrich Hänſel.

Vorrede zur vierten Auflage.

Bei dieſer vierten Auflage hat die Thätigkeit des Herausgebers ſich darauf beſchränkt, die zahlreichen Druckfehler, welche in die frühere Ausgabe ſich eingeſchlichen hatten, zu entfernen und eine Anzeige der in neuerer Zeit bekannt gewordenen Entſcheidungen und literariſchen Bearbeitungen hinzuzufügen. Die Zuſätze und Berichtigungen zu dieſem Abſchnitt und den vorhergegangenen Theilen, welche am Schluß beigefügt ſind, bittet man nicht zu überſehen.

Dr. P. H. F. Hänſel.

Inhalt des zweiten Theils.

Zweite Abtheilung.

		Seite
Drittes Hauptſtück.	Vom Erbrecht. Einleitung	1
Erſter Abſchnitt.	Von letzten Willensverordn.	7
Erſtes Capitel.	Von Teſtamenten und wer dergleichen zu errichten fähig	8
Zweites Capitel.	Von den bei Errichtung eines Teſtaments zu beobachtenden äußern Feierlichkeiten	14
	Von gerichtlichen Teſtamenten	16
	Von außergerichtl. Teſtamenten	28
Drittes Capitel.	Von der Erbeinſetzung	45
	Von der Erbeinſetzung überhaupt	46
	Von der nothwendigen Erbeinſetzung	84
Viertes Capitel.	Von der Nacherbeinſetzung	142
	A) von der subst. vulg.	143
	B) von der subst. pupillaris	148
	C) von der subst. quasi pupillaris	157
Fünftes Capitel.	Von ungültigen und unwirkſamen Teſtamenten	164
Sechſtes Capitel.	Von privilegirten Teſtam.	190
	A) Teſtam. der Soldaten	190
	B) test. tempore pestis cond.	196
	C) test. ruri cond.	197
	D) test. ad pias caussas	198
	E) test. parentum inter liberos	199
Siebentes Capitel.	Von Vermächtniſſen	212
Achtes Capitel.	Von Fideicommiſſen.	396
	Von Familienfideicommiſſen.	436
Neuntes Capitel.	Von Codicillen	458
	Von der cl. codicillaris	464
Zehntes Capitel.	Von Eröffnung und Vollſtreckung letztwilliger Verordnungen	471
Zweiter Abſchnitt.	Von Erbverträgen	485
Dritter Abſchnitt.	Von dem geſetzlichen Erbrecht	525

		Seite
Erſtes Capitel.	Von der Erbfolge der Verwandten	529
	A) Deſcendenten	536
	B) Aſcendenten	541
	C) Geſchwiſter	545
	D) andrer Seitenverwandten	547
	E) Succ. der Adoptivi	547
	F) Succ. gewiſſer Anſtalten	548
	G) ſubſidiar. Erbfolge	551
Zweites Capitel.	Von der Erbfolge der Ehegatten	555
Drittes Capitel.	Von einigen Gegenſtänden, welche bei einigen oder allen Arten der Erbfolge in Betracht kommen können	572
	A) Von Gerade und Heergeräthe	572
	B) Von den nächſten Folgen der Delation	576
	Vom spat. deliberandi	581
	C) Vom jus accrescendi unter Miterben	589
	D) Von proviſor. Verfügungen	604
	E) Von dem Dreißigſten	610
	F) Von der mort. caussa capio	612
	G) Von der reg. Catoniana	614
Vierter Abſchnitt.	Von Erwerbung der Erbſchaft	617
Erſtes Capitel.	Von Antretung der Erbſchaft und ihren Wirkungen	619
	Von dem benef. inventar.	635
	Von dem benef. separat.	647
	Von der Erbtheilung	654
	Von der Collation	658
Zweites Capitel.	Von Ausſchlagung der Erbſchaft	724
Fünfter Abſchnitt.	Von den aus dem Erbrecht entſpringenden Klagen	742
Erſtes Capitel.	Von petitoriſchen Klagen	742
	A) von der einfachen Erbſch.-Klage	745
	B) von der hered. petitio qualificata	778
	querela nullitatis	780
	querela inofficiosi	781
	C) Von der Erbſonderungsklage	797
Zweites Capitel.	Von poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln	803

Drittes Hauptſtück.

Vom Erbrechte [a]).

§. 641.

Der Inbegriff aller einem Menſchen zuſtehenden Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten wird das Vermögen deſſelben, und nach ſeinem Tode, ſoweit es nicht aus Rechten beſtehet, welche ihrer Natur nach durch den Tod erlöſchen [b]), deſſen Erbſchaft oder Verlaſſenſchaft genannt [c]). Das Befugniß, ſich eine Verlaſſenſchaft, oder einen aliquoten Theil derſelben zuzueignen, heißt das Erbrecht [d]), und derjenige, welcher hiezu befugt iſt, wird Erbe genannt [e]).

a) Die Baſis für das h. z. T. in Sachſen gültige Erbrecht iſt das römiſche Recht. Der dritte Theil der ſächſiſchen Conſtitutionen beſchäftiget ſich vorzugsweiſe mit dem Erbrecht. Das neueſte Geſetz, Mand. v. 31. Januar 1829. G. S. n. 8. die Grundſätze der geſetzlichen Allodialerbfolge betr., enthält zugleich mehrere Beſtimmungen über einige mit dem Erbrecht überhaupt in Verbindung ſtehende Rechtsverhältniſſe, namentlich über Notherbrecht, Erbſchaftsantritt ꝛc., und iſt ſeit dem 1. Septbr. 1829 die alleinige Norm für alle Erbfälle geworden, mit Ausnahme derer, in denen der Erblaſſer vor dem angezeigten Tage verſtorben war, §. 137—140. Die ſchon früher durch eine Gouvernem.-Verordn. v. 24. Mai 1814 ausgeſprochene Aufhebung der durch Ortsſtatuten beſtimmten Inteſtat-Erbfolge iſt §. 65, 141. beſtätigt. Die Vorſchriften des Geſetzes finden ſich dargeſtellt in Haubold Handb. des S. P. R. Ausg. 2. u. 3. §. 306 b. 314 b. 317 a. 331 a. b. c. d. 335 a. 341 a. b. 355 a. b. c. 356 a. b. c. A. K. H. v. Hartitzſch Darſtell. des im Königr. Sachſen geltenden Erbrechts. Leipzig, 1830. K. A. Albrecht pract. Anleit. zur Kenntniß der geſetzlichen Erbfolge u. Selbſterrichtung rechtsg. Teſtamente nach ſächſ. u. preuß. Rechte. Dresden 1829. Ortlof in Martins Jahrb. II. 12. Außerdem ſind über das Erbrecht im Allg. zu vergleichen J. Vasquius de success. et ult. volunt.

Venet. 1564. u. dann mehrere Male zu Frankfurt herausgegeben. S. Stryck successio ab intest. Frcf. 1732. u. mehrere Male, in Verbindung mit deſſ. tr. de cautel. testam. ib. 1726., wo auch von pactis successoriis die Rede iſt. Fr. Ch. Harpprecht tr. de successione, Ulm 1715. in 2 Bden, enthält nur Abhandlungen über einzelne Streitfragen des Erbrechts. Lobethan Abh. der Lehre von der Erbfolge. Halle 1776. L. G. Madihn, principia juris rom. de success. s. de jure hered. Frcf. ad V. 1792. K. Fr. v. Dalwigs Verſuch einer philoſ. juriſt. Darſtell. des Erbrechts. 3 Theile. Wiesbaden 1820. ff. A. K. H. v. Hartitzſch das Erbrecht nach röm. u. deutſchen Rechten. Leipz. 1827. J. F. Hunger das röm. Erbrecht. Erlangen 1834. Unter den Handb. des Rechts zeichnen wir aus Mühlenbruch doct. pand. III. lib. 5. Schweppe röm. Privatrecht, fortgeſ. v. Mejer. Th. 5. §. 773—982. Die verſchiedenen Schriften von Weſtphal beziehen ſich auf die meiſten Lehren des Erbrechts; nur die Lehre von der Inteſtaterbfolge iſt ausgeſchloſſen, welche dagegen in den Werken von Ludolf, Koch, Glück, Roßhirt dargeſtellt ſich findet. Das Werk des Letztern über das Inteſtaterbrecht, welches zu Landshut 1831 erſchienen iſt, enthält auch eine kurze Einleitung in das Erbrecht überhaupt. Ueber das teſtamentariſche Erbrecht iſt ein Buch von demſ. Verfaſſer in Heidelberg 1840. in zwei Abtheilungen erſchienen. Ueber das deutſche Erbrecht insbeſondere Runde §. 645. ff. u. dazu Danz Comm. Bd. 7. S. 270. bis u. mit Bd. 10. J. F. Maier deutſche Erbfolge. Stuttg. 1804, fortgeſ. 1805. 1806. Deſſ. Principien zur Beſtimm. des Unterſchieds zw. gemeinrechtl. u. nicht gemeinrechtl. Erbfolge. Heidelb. 1810, womit aber die Darſtellung in den neuern Syſtemen des D. P. R. bei Eichhorn §. 329. ff. Mittermaier §. 382. Maurenbrecher §. 537 ff. zu verbinden. Das ſächſ. Recht hat außer der angef. Schrift von Hartitzſch keine beſondere Bearbeitung gefunden. Ueber einzelne Erbrechtsfälle vgl. J. B. Rösler decisiones, quibus jus hered. illustratur. Cob. 1783, welche vorzüglich auf das gem. ſächſ. Recht ſich beziehen.

b) Ueber Rechte, welche nicht auf den Erben übergehen, vgl. v. Hartitzſch Erbr. §. 3. Roßhirt Einl. in das Erbrecht §. 2.; vgl. auch unten §. 909. Dahin iſt auch gewiſſermaaßen das Recht auf eine deferirte, noch nicht erworbene, Erbſchaft zu zählen; vgl. unten §. 911., ingleichen das Recht der Notherben; ſ. unten 961. 966. Nach gem. Recht gehen auch manche Klagen, unter andern die querela inofficiosi, vgl. §. 966., nicht auf die Erben über, wenn nicht der Erblaſſer ſchon etwas Behufs der Anſtellung gethan hat. Dagegen gehen Klagen, welche Reſciſſion eines verhandelten Geſchäfts bezwecken, auch wenn der Erblaſſer nichts zu Anſtellung derſelben gethan hat, auf die Erben über; indem die Unthätigkeit von Seiten des Erblaſſers keineswegs als Verzicht auf das Klagerecht zu deuten

iſt, den die Erben genehmigen müßten; vgl. darüber Burchardi Lehre v. der Wiedereinſ. in den vorigen Stand, §. 22. S. 400. ff., beſonders in Beziehung auf die Klage vgl. l. 2. C. de rescind. vend. Glück XVII. §. 1029. S. 76. u. die daſ. angef. Rechtslehrer. Auch manche Verpflichtungen gehen nicht auf die Erben, wie die auf dem Geſetz beruhende Verpflichtung zu Alimenten; vgl. Excurſe I. S. 330., ingleichen die Verpflichtungen nach Wechſelrecht. Daß der Beſitz nicht auf die Erben übergehe, l. 23. p. D. de poss. Savigny Beſitz §. 28. S. 334.; vgl. oben §. 461. not. a. Schweppe a. a. O. §. 779. S. 15. und dagegen in gewiſſer Hinſicht Pfeiffer pract. Ausführ. I. 15. S. 202.

c) In wiefern hereditas in dem obigen Sinne universitas juris ſey? l. 208. D. d. V. s.; vgl. die Bemerk. zu §. 421. Glück VI. §. 537. 538. 539. Sie iſt es nicht blos als ein Begriffsganzes, das eines incrementum u. decrementum fähig iſt, ſondern vornehmlich, weil ſie durch eine Realklage in Anſpruch genommen werden kann, auch in Beziehung auf dieſelbe der Satz angewendet wird: pretium succedit in locum rei et res in locum pretii; vgl. §. 956. not. c. Daher iſt denn auch die successio in hereditatem eine und zwar h. z. T. die einzige successio universalis; vgl. Haſſe im Arch. f. civ. Pr. V. 1. S. 19. ff. Roßhirt Einl. §. 3. Mühlenbruch. doctr. pand. §. 609—612. v. Savigny Syſt. des heutigen röm. Rechts I. §. 57. S. 383. Erbſchaftsbeſtand iſt das, was nach Abzug der erbſchaftlichen Schulden, wohin auch die Beerdigungskoſten und Legate gehören, ingleichen des zu Regulirung des Nachlaſſes gemachten Aufwands übrig bleibt. §. 778. u. unten §. 915.

d) Das Recht auf die Erbſchaft, jus succedendi, wird ebenfalls mit dem Namen hereditas bezeichnet; l. 24. D. d. V. s. l. 62. D. d. R. J.; vgl. Geſterding Ausbeute der Nachforſchung über verſchiedene Rechtsmaterien; VII. 2. Ueber die Möglichkeit, die Quote einer Verlaſſenſchaft als Legat zu hinterlaſſen, oder das ſogenannte legat. partitionis, vgl. §. 5. J. de fid. hered. J. A. Frommann de legato partiario. Tubing. 1674. W. A. Schöpf de legato universali aere alieno gravato. Tubing. 1753. J. Voorda de legat. part.; bei deſſen comm. ad l. Falcid. u. beſonders J. L. Conradi de legato partit. L. 1756. Weſtphal Abh. von Vermächtniſſen, die nicht auf gewiſſe Sachen und Summen, ſondern auf einen Theil des Nachlaſſes überhaupt gerichtet ſind. Halle 1780. Deſſen Darſtell. der Lehre von Vermächtniſſen 1. Th. §. 161. Vgl. Glück VI. §. 536. S. 538. Daß Legate dieſer Art noch h. z. T. vorkommen, wird zwar bezweifelt von d'Arnaud. conject. II. 1. v. Löhr Magazin IV. 6. n. 4. S. 92.; nach welchem das legat. partitionis jetzt eine Art Fideicommiß iſt. A. M. ſind jedoch Weſtphal in d. angef. Abh. S. 23. Mühlenbruch doctr.

pand. §. 776. not. 2. Kapf merkw. Rechtsſpr. der Würtemb. Gerichtshöfe n. 11.; vgl. auch Roßhirt die Lehre von Vermächtniſſen. Gießen 1835. 1. Th. Abh. II. §. 1—3. Das Legat verſteht ſich zwar immer nur von dem Netto-Betrag der Erbſchaft, d. h. deducto aere alieno; allein der Legatar haftet wegen der Paſſiven nicht den Gläubigern, ſondern den Erben. Deshalb und wegen der künftigen Augmente der Erbſchaftsmaſſe können Cautionen, die ehemaligen stipulationes partis et pro parte, vorkommen. In wie weit das auch nach neuerm ſächſ. Recht, vgl. Erbgeſ. §. 4. 5., anzunehmen ſey? ſ. Kriegel in der §. 678. not. d. angeführten diss.

e) In Beziehung auf einen beſtimmten Erblaſſer heißt nicht bloß der unmittelbare Erbe, ſondern auch der Erbe dieſes Erben heres, Erbe, l. 65. 70. D. de V. S. l. 144. D. de R. J. Glück XXXV. §. 1420. Der Käufer einer Erbſchaft iſt nach röm. Recht nicht eigentlich Erbe, ſondern vice heredis. l. 54. D. de H. P. l. 2. §. 18. D. de her. vel act. vend. ſ. unten IV. §. 1374.

§. 642.

Das Erbrecht gründet ſich entweder auf eine letzte Willenserklärung des Verſtorbenen (Erblaſſers) oder auf einen mit demſelben geſchloſſenen Vertrag, oder in Ermangelung beider auf Vorſchrift der Geſetze [a]). Sofern Jemand aus einem dieſer Gründe zu Erwerbung einer Erbſchaft befugt iſt, nennt man dieſe eine angefallene Erbſchaft (hereditas delata) [b]).

a) Die Baſis des heutigen gemeinen Erbrechts, ſo weit daſſelbe auf letzten Willen oder Geſetz ſich gründet, iſt, wie gedacht, das römiſche Recht, welches bekanntlich aus drei verſchiedenen Quellen, dem eigentlichen jus civile, dem prätoriſchen Recht, auf welchem die bonorum possessio beruhet (die Anfangs als eine Art der missio in bona erſchienen ſeyn mag, im Verfolg der Zeit aber das auf dem jus civile beruhende Erbrecht in weſentlichen Puncten modificirte, auch in dem ſächſ. Recht; vgl. c. 10. p. III. als Norm für das Erbrecht anerkannt ward), und den Conſtitutionen der Kaiſer herausgebildet, in den folgenden §§. aber nur nach den für das heutige Recht noch practiſchen Reſultaten dargeſtellt worden iſt. Die durch das vaterländiſche Recht herbeigeführten Modificationen haben größtentheils nur auf die successio legitima ſich bezogen, und erſt in dem neuern Erbgeſetz ſind Beſtimmungen enthalten, welche auch das teſtamentariſche Erbrecht afficiren. Von dem Erbfolgerecht iſt übrigens Erbfolgeordnung zu unterſcheiden; vgl. Poſſe Prüf. des Unterſchieds zw. Erbf.-Recht u. Erbf.-Ordn. Roſtock 1796.

Kind. I. qu. 6. Dieſer Unterſchied iſt vornehmlich bei der Inteſtaterbfolge von Wichtigkeit; vgl. Eichhorn d. P. R. §. 331. Inzwiſchen kann auch in Beziehung auf Erbrecht überhaupt von einer Erbfolgeordnung die Rede ſeyn; inſofern nämlich zwiſchen den verſchiedenen Gründen der Delation die in dem §. angedeutete Ordnung zu beachten iſt. Auch bei der röm. bonor. possessio kam eine ordo bonor. poss. vor; vgl. tit. Dig., quis ordo in bon. poss. serv. (XXXVIII. 15.), welche die Veranlaſſung geben konnte, daß die bonor. poss. bald cum re, bald sine re ertheilt ward; vgl. Glück Lehre von der Inteſtaterbf. §. 90. Roßhirt Einl. §. 9. Mühlenbruch §. 619. u. 622. Schweppe §. 782.

b) l. 151. D. de V. S. Roßhirt Einl. §. 4. Von dem Augenblick der delatio bis zu dem Moment des Erwerbs iſt hereditas jacens; vgl. G. Strauss. de jure hered. jacentis. Viteb. 1682. G. Majansii diss. de hered. jacente; in deſſ. dissert. II. n. 36. Schweppe §. 779. v. Savigny Syſtem des heutigen röm. Rechts II. §. 102. Während dieſes interimiſtiſchen Zuſtandes, welcher Veranlaſſung zu Beſtellung eines curator hereditatis geben kann, wird der Erbſchaft Perſönlichkeit inſofern zugeſchrieben, als in Anſehung derſelben Erwerb als möglich gedacht werden kann, und zwar gewöhnlich in der Maaße, daß ſie die Perſon des Erblaſſers darſtellt, obſchon, da der ſpäterhin erfolgte Erwerb auf die Zeit des Anfalls zurückgezogen wird, l. 54. D. de ac. vel o. h., hered. jacens auch als die Perſon des Erben repräſentirend angeſehen wird; vgl. l. 138. 193. D. de R. J. l. 34. 61. D. de a. r. d. §. 2. J. l. 31. §. 1. D. de her. inst. l. 24. D. de novat. Daß während der Zeit der her. jacens auch die Verjährung fortläuft, ſ. l. 31. §. 5. l. 43. §. 3. D. de usucap. Unterholzner Lehre v. der Verjährung §. 164. Zur Delation der Erbſchaft iſt übrigens erforderlich 1) Tod des Erblaſſers; denn viventis nulla est hereditas. l. 1. D. de her. vel act. V. l. l. D. pro her. 2) In Bezug auf eine beſtimmte Perſon, welcher der Anfall geſchiehet, Erbfähigkeit; Roßhirt, Einl. §. 7. Mühlenbruch. doctr. pand. III. §. 618. Schweppe §. 780. S. 20., welche auch wohl durch den eigentlich für die teſtamentariſche Erbfolge gehörigen Ausdruck: testamenti factio passiva bezeichnet wird; vgl. §. 673. Die delatio fällt übrigens nicht immer auf die Zeit des Todes, ſie kann auch durch Hinzutritt einer conditio auf einen ſpätern Zeitpunkt fallen. Ein ſolches Hinzutreten iſt freilich direct nur bei der succ. testamentaria u. pactitia denkbar; vgl. §. 683. 691. Inſofern jedoch bei Nichterfüllung der Bedingung succ. legitima eintritt, wird letztere indirect von der Bedingung abhängig. Uebrigens kann eine und dieſelbe Perſon aus einem doppelten Grund als berechtiget zur Erbfolge angeſehen werden. So nach röm. Recht als Civil-Erbe, u. vermöge der prätoriſchen bonorum possessio; und auch nach

heutigem Recht der Inteſtaterbe, zugleich ex testamento und ex pacto.

§. 643.

Der bloße Anfall der Erbſchaft iſt aber zu deren Erwerbung noch nicht hinreichend, dafern nicht der Befugte durch Worte oder Handlungen erklärt, daß er von dieſem ſeinem Befugniß Gebrauch machen wolle. Man nennt eine ſolche Erklärung Antretung der Erbſchaft. Der mittelſt der Antretung bewirkte Eintritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verſtorbenen (ſoweit ſie nicht durch den Tod erloſchen ſind) wird die Erbfolge genannt[a]).

a) l. 24. de verb. s. l. 62. D. de regg. jur. Kann das Recht eine deferirte Erbſchaft zu erwerben, abgetreten werden? Gewöhnlich leugnet man dies, nimmt auch wohl an, daß in einer ſolchen Abtretung ein ſtillſchweigender Erbſchaftsantritt liege, und eigentlich Uebertragung eines erworbenen Erbrechts ausgeſprochen werde. Der Grund, den man dafür anführt, daß das Recht auf eine Erbſchaft etwas von der Perſon des Erben Unzertrennliches ſey, iſt hier als gültig, wenigſtens nach röm. Recht, nicht anzuſehen, da man aus Ulpian. fragm. XIX. §. 12. 13. 14. Gajus inst. II. 35. erſieht, daß wenigſtens ein heres legitimus die ihm angefallene Erbſchaft auch vor erfolgtem Antritt cediren konnte. Vgl. Besecke de alienat. hered. Hal. 1774. §. 50—66. und dagegen Heiſe u. Cropp neue Abh. II. n. 8. §. 6. Handb. IV. §. 1375. Mühlenbruch Lehre von der Ceſſion. §. 4. S. 26. doctr. pand. §. 703. not. 4. u. Comm. zu den Pand. XXXVII. §. 1425 b. d. 269. Glück XVI. §. 1014. S. 321. — Uebrigens hat die nach röm. Recht gültige Regel, daß der Erwerb der Erbſchaft dem Erwerbenden eine Art von character indelebilis aufdrückt; qui semel heres semper heres; §. 9. J. l. 88. D. de h. inst. l. 7. §. 10. D. de minor.; vgl. Hahn. de autoritate pacti de hereditate tertii. Heidelb. 1833. §. 7. p. 9., ſchon mit der Einführung der Fideicommiſſe einen Stoß erlitten und in Sachſen ihre Bedeutung ganz verloren; vgl. Erbgeſ. §. 6.

§. 644 a.

In den drei erſten Abſchnitten werden wir von den verſchiedenen Arten, wodurch Jemand zur Erwerbung einer Erbſchaft berechtigt wird, im vierten von der Erwerbung der Erbſchaft ſelbſt durch deren Antritt, und im fünften von den aus dem Erbrechte entſpringenden Rechtsmitteln handeln.

Erſter Abſchnitt.

Von letzten Willensverordnungen.

§. 644 b.

Ueber letztwillige Verfügungen im Allgemeinen, alſo ſowohl über einſeitige, widerrufliche Willensverordnungen, als Erbverträge, iſt zu bemerken, daß ſie ſowohl gerichtlich als außergerichtlich errichtet, ſowohl ſchriftlich als mündlich verfaßt werden können [a]). Der ſchriftliche Aufſatz aber, welcher über eine letztwillige Verfügung abgefaßt worden iſt, muß als documentum commune angeſehen werden, welchen Jeder, der bei dem Nachlaß speciell betheiligt iſt, einzuſehen das Recht hat [b]).

a) Ausnahmsweiſe iſt die gerichtliche Form nothwendig in Sachſen bei letztwilligen Verfügungen blinder, tauber und ſtummer Perſonen; vgl. §. 649.; daſelbſt iſt zwar nur von einſeitigen letzten Willen die Rede; allein um ſo weniger ſcheint die gerichtliche Form bei vertragsmäßigen, mithin unwiderruflichen Verfügungen entbehrt werden zu können; vgl. übrigens V. O. XIII. 15. Schriftliche Form iſt nöthig bei dem test. parentum inter liberos, wenigſtens nach der N. 107. c. l., obwohl die Praxis auch mündliche Teſtamente dieſer Art zuläßt; vgl. §. 743. Mündliche Erklärung und ſchriftliche Abfaſſung erfordert nach gemeinem Recht das Teſtament eines Blinden. l. 8. C. qui test. fac. Notar.-Ordn. tit. von Teſtam. §. 9.

b) Daher ſchon nach röm. Recht das interd. de tabulis exhibendis (XLIII. 5. Dig.), was analog auch auf ſchriftliche Erbverträge anzuwenden iſt. l. 1. §. 2. 5. 12. 13. 14. 15. D. de tab. exh. Daß ein letzter Wille von Jedem, der ein ſpecielles Intereſſe hat, eingeſehen werden kann, ſ. l. 1. pr. D. test. quemadm. aper. l. 3. §. 10. D. de tab. exh. Nur dem Teſtirer ſelbſt ſtand nicht dieſes Rechtsmittel, wohl aber die vindicatio tabularum u. actio ad exhibendum zu; l. 3. §. 5. D. de tab. exhib. Dabei kommt übrigens darauf, ob die letztwillige Verfügung zu Recht beſtehe oder nicht, keineswegs etwas an, l. 1. §. 3. 5—9. D. de tab. exh.; wohl aber wird vorausgeſetzt, daß der Teſtirer verſtorben ſey; d. l. 1. §. 10. Belangt wird der Beſitzer, welcher, dafern er durch ſein Verſchulden die Vorlegung nicht bewirken kann, in id quod interest gehalten iſt. l. 3. §. 2. 3. 4. 6. 11. l. 4. D. de tabulis exhibendis.

Erſtes Capitel.

Von Teſtamenten und wer dergleichen zu errichten fähig ſey.

§. 645.

Abgeſehen von den Erbverträgen verſteht man unter einer letzten Willensverordnung überhaupt diejenige Verfügung eines Menſchen, wodurch er beſtimmt, wie es nach ſeinem Tode mit ſeiner Verlaſſenſchaft ſowohl, als auch in andern Stücken, worüber er zu verfügen Macht hat, gehalten werden ſoll. Sie kann entweder ein Teſtament, oder ein bloßes Codicill ſeyn. Von letzterm ſ. unten Cap. 9.[a]). Bei allen dieſen letztwilligen Verfügungen iſt eine Hauptſache, den Identitätspunct, d. h. den Umſtand zu ermitteln, ob der Disponirende derjenige ſey, für welchen er ſich ausgiebt[b]).

a) Beide Arten letztwilliger Verfügungen haben manches mit einander gemein, was in den folgenden §§. vorzugsweiſe von Teſtamenten gelehrt wird; vgl. darüber die Darſtellung bei Schweppe a. a. O. §. 783—805. Beide haben den Charakter der Widerruflichkeit, §. 729. 817.; woraus denn insbeſondere folgt, daß ein Verſprechen, eine widerrufliche Dispoſition zu Gunſten eines Andern zu treffen, unverbindlich iſt; vgl. Bauer. II. resp. 54.

b) Es iſt dies beſonders den Gerichten zur Pflicht gemacht, vor welchen eine dergleichen Dispoſition errichtet wird; vgl. §. 654. not. a.

§. 646.

Ein Teſtament iſt eine nach Vorſchrift der Geſetze errichtete letzte Willenserklärung, wodurch Jemand zum unmittelbaren Erben einer Verlaſſenſchaft ernannt wird[a]). Folglich würde eine letzte Willensverordnung, worin nicht Jemand ausdrücklich zum unmittelbaren Erben ernannt worden wäre, für kein Teſtament zu achten ſeyn[b]).

a) Es iſt zu bemerken, daß wenn in dem Text von einer Verlaſſenſchaft die Rede iſt, eigentlich die Verlaſſenſchaft deſſen, der das Teſtament errichtet, verſtanden werden muß, da in der Regel Niemand berechtigt iſt, dem Andern einen Erben einzuſetzen. Dies iſt, was hered. institutio directa anbetrifft, unbezweifelten Rechtens, und es gilt nur in den Fällen der substitutio pupillaris u. quasi pupillaris eine Ausnahme; vgl. §. 716. f. §. 737. u. §. 722.

Was bei Fideicommiſſen gelte? davon unten. Sonſt findet man auch wohl die Behauptung, daß der Ehemann consentiente uxore über das gemeinſchaftl. Vermögen teſtiren könne. Peck. de test. conjug. Lovan. 1654. I. 43. c. 4. Berlich. decis. I. 92. Carpzov. p. III. c. 2. def. 13. Rössler. I. dec. 14. Schweder. de agnit. et approb. ult. vol. Tubing. 1706. §. 40. — Ueber Teſtamente u. teſtamentariſche Erbfolge vgl. Sam. Stryck tr. de cautelis testamentorum. Hal. 1708. Juſt. Claproths Abh. von Teſtamenten, Codicillen, Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. Gött. 1782. Weſtphals Theorie des röm. R. von Teſtamenten, deren Erblaſſer u. Erben, ihrer Form u. Gültigkeit. Leipz. 1790.; deſſ. ſyſt. Comm. über die Geſetze v. Vorlegung u. Eröffnung der Teſtamente, Annehm. u. Ablehn. der Erbſchaft ꝛc. Leipz. 1790. Glück XXXIII. §. 1399. a., (woſelbſt S. 312 ff. die Litteratur über Geſchichte und Natur der Teſt. nachzuſehen). XXXIV. u. XXXV. §. 1417—1419. a. enthält nur erſt die Erläuterung von tit. 1. lib. XXVIII. der Pandecten. Roßhirt über das teſt. Erbrecht iſt bereits §. 641. not. a. erwähnt. Ueber das ſächſ. Recht in Bez. auf Teſtamente ſ. C. Hanaccius different. jur. rom. et sax. in testam. ord. Viteb. 1759.

b) l. 1. §. 3. D. de vulg. et pup. substit. Deciſ. 46. v. J. 1661.

§. 647.

Die zur Gültigkeit eines Teſtaments nothwendigen Erforderniſſe betreffen 1) die Perſon des Teſtators; 2) die bei der Errichtung des Teſtaments zu beobachtenden äußern Feierlichkeiten (Cap. 2.); 3) die Erbeinſetzung (Cap. 3.) [a]).

a) Die Zeit, zu welcher ein' letzter Wille errichtet werden kann, iſt willkührlich. Die Errichtung eines letzten Willens kann geſchehen auch an einem dies feriatus. Rösler. decis. I. 18. Emminghaus. ad Cocceji J. c. II. 12. 6. not. z. Mand. die Beobachtung der Sabbathsfeier v. 2. Aug. 1749. C. A. C. I. 1. c. 734.; eben ſo zu jeder Tageszeit und auch des Nachts. l. 22. §. 6. D. qui test. fac. Notar. Ordn. v. 1512. I. §. 24. verſteht ſich unter gehöriger Beleuchtung; vgl. Lauterbach. de solenn. test. II. 13.; in deſſen collect. diss. n. 134. Hagemann u. Günther Arch. für prakt. Rechtsgelehrſ. I. n. 7.

§. 648.

Sehen wir zuvörderſt auf die Perſon des Teſtirers, ſo muß derſelbe die ſogen. testamenti factio activa haben*); dazu wird, mit Rückſicht A. auf deſſen natürlichen Zuſtand, erfordert, I. daß derſelbe zu der Zeit, da er das

Teſtament macht, den vollkommenen Gebrauch ſeines Verſtandes habe. Folglich können 1) minderjährige Perſonen, ohne Unterſchied des Geſchlechts, eher nicht als nach zurückgelegtem 14. Jahre ein Teſtament machen [a]); doch ſo, daß ihnen ſolches ſchon am letzten Tage des gedachten Jahres erlaubt iſt [b]). 2) Raſende, wahn- oder blödſinnige Perſonen können zwar in dilucidis intervallis, jedoch andrergeſtalt nicht gültiger Weiſe teſtiren, als wenn der Richter, welcher für ſie einen Vormund beſtellt, vorher ihren Zuſtand wohl unterſucht hat, und bezeugt, daß ſie ſich zu ſolcher Zeit bei gutem Verſtande befunden haben [c]). Auch iſt daher 3) ein in der Betrunkenheit oder im heftigen Zorne errichtetes Teſtament keineswegs für gültig zu achten [d]).

*) Glück XXXVII. §. 1404. Schweppe §. 787. Mühlenbruch §. 640. Die test. factio muß jedenfalls zur Zeit der Errichtung des Teſtaments vorhanden geweſen ſeyn, und es reicht nicht hin, daß nach Errichtung des Teſtaments die test. factio erlangt und das errichtete Teſtament ſtehen geblieben iſt, l. 1. D. de pro cat. Glück §. 1404. a. S. 365. Daß der testator auch tempore mortis daſſelbe Befugniß gehabt habe, iſt nur inſofern, als von der auf dem bürgerlichen status beruhenden test. factio die Rede iſt, aber ſelbſt hier nicht allgemein erforderlich; vgl. §. 727. I. §. ult. J. quib. non est permiss. fac. test. §. 5. 6. J. quib. mod. testam. inf. l. 1. §. 8. 9. D. de bon. poss. sec. tab.

a) §. 1. I. Quib. non est perm. fac. test. l. 5. D. Qui test. fac. poss. Vormundſch.-Ordn. v. J. 1782. Cap. 13. §. 15.; vgl. Eiſenhart Rechtsſ. I. 17.

b) d. l. 5. D. Qui test. fac. poss. Ueber Mündigkeit zu teſtiren nach Röm. R. Jena 1800. Koch Belehrung über die Mündigkeit zu teſtiren. Gießen 1796. Deſſen Beſtätigung der Belehrungen ꝛc. ib. 1798. Hagemeiſter, in Hugo civil. Magaz. III. 1. Rheinfelder über den annus civilis der Römer. Stuttg. 1829. S. 32. ff. Glück §. 1404. d.; vgl. v. Savigny Syſt. IV. §. 184. S. 381. ff. Dagegen hebt ein vorgerücktes Alter an ſich die Fähigkeit zu teſtiren nicht auf l. 3. C., qui test. fac.

c) §. 1. I. Quib. non est permiss. l. 17. D. Qui testam. fac. poss. l. 9. C. de testam. Glück §. 1404 a. Bülow u. Hagem. Erört. VI. 50. Vorm. O. Cap. 24. §. 5. Gottſchalk analecta jur. Sax. cap. 7. S. 159. Wenn man mit letzterm annimmt, daß aus der angezognen Stelle der V. O. folge, es könne ein furiosus nur gerichtlich teſtiren; ſo würde dies nur vor dem

Gericht, welches den Vormund beſtellt hat, geſchehen können. In dieſem Fall ſcheint aber die gewöhnliche Formel des Gerichtswegen aufgenommenen Protocolls, daß man den Teſtirer bei gutem Verſtand angetroffen habe, nicht ausreichend. Körperliche Krankheit iſt an ſich kein Hinderniß der test. factio l. 5. D. qui test. fac. poss. l. 15. C. de test. Glück S. 358. Glück u. Geiger Rechtsf. III. 42. Ueber den Beweis der mens sana des Teſtirers vgl. den Rechtsfall bei Eiſenhart X. 6. Das Teſtament eines Wahn= oder Blödſinnigen, welches zwar vor der erfolgten Bevormundung, aber nach bereits erfolgter Exploration, durch welche die Nothwendigkeit der Bevormundung herbeigeführt ward, errichtet worden iſt, bleibt ungültig; J. W. III. 94.

d) l. 2. D. Qui test. fac. poss. Hofacker a. a. O. §. 1252. v. Berg juriſt. Beob. u. Rechtsfälle. I. 9. Glück a. a. O. S. 360. A. M. iſt Schweppe a. a. O. not. b.

§. 649.

II. Daß der Teſtator ſeine Willensmeinung deutlich und verſtändlich auszudrücken im Stande ſey. Dem zufolge können 1) blinde, taube und ſtumme Perſonen bloß dann, wenn ſie ſich durch verſtändliche Zeichen auszudrücken vermögend ſind, einen letzten Willen errichten [a]); und auch in dieſem Falle iſt derſelbe andrergeſtalt nicht gültig, als wenn er gerichtlich aufgerichtet worden [b]). 2) Wenn Jemand bereits auf dem Sterbebette liegt, und ein Teſtament macht, ſo wird zu deſſen Gültigkeit erfordert, daß der Teſtator noch deutlich und verſtändlich reden könne [c]), auch wirklich die Abſicht, einen letzten Willen zu errichten, habe, und zu dem Ende den Notarius nebſt Zeugen, oder die Gerichtsperſonen ausdrücklich zu ſich fordern laſſe [d]).

a) l. 10. C. Qui test. fac. poss. Majans. diss. de surd. et mut. test. fact. in diss. I. 30. Bülow u. Hagemann Erört. II. 9. V. 32. Gensler im Arch. f. civ. Pr. III. 22. Marezoll in Gromann u. Löhr Mag. IV. 2. n. 11. 3. Glück §. 1404. b., Blindheit war übrigens nach gem. Recht kein Hinderniß der test. factio, obwohl für die Teſtamente der Blinden eine beſondere Form durch l. 8. C. qui test. fac. poss. vorgeſchrieben wird; vgl. Glück XXXIV. §. 1406 d., J. H. Böhmer de test. non praelecto §. 5—9. Borm. O. 24. §. 7. Gottſchalk anal. jur. Sax. c. 7. Zweifelhaft iſt bloß, ob die ſchriftliche Diſpoſition eines Blinden vorgeleſen werden müſſe? vgl. v. Langenn u. Kori II. 26. Nach der Entſch. der höhern Inſtanzen in Sachſen bei

Kritz Entſch. III. 4. Kori Vortr. zu Th. 3. der Erört. S. 12. v. Hartitzſch n. CCCCIV. iſt dies nicht ein weſentliches Erforderniß, ſobald nur dargethan werden kann, daß die Schrift den Willen des Teſtirers enthalte. Ob nach gem. Recht ſtatt der in der d. l. 8. C. vorgeſchriebenen Form der Blinde wirkſamer Weiſe ein öffentliches Teſtament errichten könne, unterſucht und verneint Sell in den Jahrb. für hiſtor. u. dogmat. Bearbeit. des r. Rechts. Braunſchweig 1844. II. n. 11. S. 456. Ebenderſelbe über Teſtamente der Taubſtummen; ibid. n. 1. S. 432.

b) Vormundſch. O. a. a. O.

c) l. 29. C. de test. Glück §. 1404a. S. 360.

d) Conſt. 5. P. III.

§. 650.

III. Daß der Teſtator bei der Errichtung des Teſtaments völlige Freiheit ſeines Willens gehabt habe[a]). Folglich iſt eine durch Zwang, Furcht, Betrug oder hinterliſtige Ueberredung abgenöthigte letzte Willensverordnung ohne rechtliche Wirkung[b]). Hingegen ſchaden freundliche Vorſtellungen und Bitten der Gültigkeit des Teſtaments nichts[c]); dafern nur der Teſtator nicht durch ungeſtümes Anhalten dazu vermocht worden iſt[d]).

a) l. 1. C. de SS. eccles. l. 1. C. Si quis aliqu. test. proh. Leyſer Sp. 375. 376. 377. u. dazu Müller ad L. Obs. 578—586. Glück XXXIII. §. 1405.

b) l. 1. D. l. 3. C. Si quis aliquem test. pr. J. G. Funkler D. de testamento, quod quis blanditiis invitatus condidit, invalido. Lips. 1774. Leyſer sp. 375. m. 7—12. Müller ad L. Obs. 578. Quiſtorp rechtl. Bem. l. 9. v. Savigny Syſt. III. Beil. VIII. §. 17. 18. S. 379. Die gewöhnliche von der Praxis angenommene, auch den h. z. T. als gültig anerkannten Rechtsbegriffen entſprechende Anſicht iſt allerdings die in dem §. vorgetragene, wiewohl ſich bezweifeln läßt, ob ſie auch die des römiſchen Rechts war, und nicht vielmehr hier die Anſicht galt, daß der durch Betrug oder Zwang hervorgebrachte letzte Wille gültig bleibt, jedoch dem Betrüger oder Zwingenden exc. doli entgegengeſtellt od. der erlangte Vortheil als einem indignus entriſſen werde. Glück a. a. O. S. 426. Roßhirt Erbrecht; Einl. §. 7. S. 53., deſſen Lehre v. Vermächtniſſen. I. 4. 3. §. 10. Was insbeſondere Zwang betrifft, vgl. Glück a. a. O. S. 426. Schweppe §. 789. Mühlenbruch doct. pand. §. 643. Overbeck Med. II. 95. IX. 459. Die Folgen des Betrugs rückſichtlich des letzten Wil-

lens ſind nach der Beſchaffenheit des Irrthums zu beurtheilen, welchen der Betrug in dem Teſtirer hervorgebracht hat. Irrthum an ſich, d. h. ohne Rückſicht, ob er durch Täuſchung von Seiten Anderer oder aus andern Gründen veranlaßt ward, macht die Disposition ungültig, wenn ſich nachweiſen läßt, daß ohne ſolchen Irrthum anders disponirt worden ſeyn würde, l. 28. D. de inoff. test. l. 92. D. de her. inst., vgl. §. 730. 776. Sonſt ſchadet Irrthum im Namen, in der Bezeichnung und ſelbſt in den Beweggründen nichts; doch ſoll der, welcher dolo den Irrthum veranlaßt hat, jedenfalls des dadurch erlangten Vortheils verluſtig werden. Schweppe §. 789. Mühlenbruch §. 643. Glück S. 426. Ob ein, wegen Zwangs, Betrugs, Irrthums ungültiger letzter Wille gültig werde, wenn der Teſtirer nach wieder erlangter Willensfreiheit denſelben unverändert hat beſtehen laſſen, ſ. Leyſer sp. 359. n. 12. Müller ad L. obs. 578. Ueber den Beweis ſolcher Umſtände, namentlich durch Eidesantrag, ſ. Hommel obs. 428. Canngießer decis. 42. 173. Eiſenhart Rechtsf. I. 24. Schmidt Rechtsſpr. n. 10. Overbeck II. 295. Nach neuerm ſächſ. Recht ſcheint allerdings ein durch Zwang oder Betrug veranlaßter letzter Wille zu beſtehen, und nur der Zwingende oder Betrüger des durch ſelbigen erlangten Vortheils als indignus verluſtig zu werden; Erbgeſ. §. 104. ſ. unten §. 947. Allein dann würde auch das Fortbeſtehen des letzten Willens in dem Fall angenommen werden müſſen, wenn durch denſelben der Zwingende oder Betrüger keinen Vortheil erlangt hat. Dies war aber wohl ſchwerlich die Meinung des Geſetzgebers.

c) l. 70. D. de hered. instituend. l. 3. C. eod. Wernher P. I. Obs. 86. Leyſer sp. 376. m. 4. Müller ad L. obs. 581.

d) Conſt. 5. P. III. u. dazu Carpzov def. 9. H. Piſtor quaest. I. 29. Wernher P. II. Obs. 408. Hommel obs. 428. Zoller utrum test. importunis sollicitat. fact. valeat; L. 1768. Bülow u. Hagemann Erört. IV. 27. Glück S. 433. Glück u. Geiger Rechtsf. III. 34. n. 4.; 42. n. 2. Quiſtorp rechtl. Bem. I. 9.

§. 651.

B. In Rückſicht auf den bürgerlichen Zuſtand *) ſind zur Errichtung eines letzten Willens unfähig: 1) Kinder, welche ſich noch in der väterlichen Gewalt befinden [a]); doch iſt hievon das peculium castrense vel quasi castrense ausgenommen [b]) (§. 165.); 2) Perſonen, welche öffentlich für Verſchwender ſind erklärt worden [c]); 3) überwieſene Wucherer [d]). Hingegen bleibt das von einem Selbſtmörder [e]),

wie auch von einem zum Tode Verurtheilten errichtete Teſtament heutiges Tages bei Kräften, dafern nur nicht zugleich mit auf die Einziehung der Güter erkannt worden [f]).

*) v. Buchholz juriſt. Abh. n. 5. Glück XXXIV. §. 1407. In Beziehung auf die diesfallſigen Beſchränkungen gilt die Regel: testamenti factio est juris publici; über welche zu vergleichen Glück XXXIII. §. 1403.

a) l. 6. pr. D. Qui test. fac. poss. Glück XXXIV. §. 1407 a. Eine bloß zum Behuf der Errichtung eines Teſtaments erfolgte emancipatio iſt unwirkſam. Berger I. 3. 16. A. M. ſind Gmelin und Elſäſſer II. 21. Arch. f. civ. Pr. III. 15. Daß auch der, qui de statu suo dubitat, in der Regel nicht gültiger Weiſe einen letzten Willen errichten könne, iſt h. z. T. noch auf die test. factio der Kinder zu beziehen, l. 9. D. de jure cod. l. 11. §. 1. D. de test. mil.; vgl. Glück XXXIII. §. 1404. S. 348.

b) pr. I. Quib. non est perm. fac. test.

c) l. 18. D. Qui test. fac. poss. §. 2. I. Quib. non est perm. Glück XXXIII. §. 1404. C. Hanaccius d. qua jus test. prodigo contra comm. sentent. asseritur. Viteb. 1724. Vorm. O. Cap. 24. §. 14. Doch bleibt ein von dergleichen Perſonen, noch ehe ſie für Verſchwender erklärt wurden, errichteter letzter Wille bei Kräften, Carpzov P. III. const. 6. d. 10.

d) cap. fin. de usur. X. in 6to. Mand. v. 28. Apr. 1625. G. Banqu. Mand. v. 20. Decbr. 1766. (C. A. C. I. 1. c. 924.) §. 2., woſelbſt auf das vorige Mand. Bezug genommen wird. Wieſand obs. jur. rom. et Sax. sp. 9. n. 3. In Opusc. p. 119.; vgl. auch I. §. 207. 208. Ueber Verluſt der test. fact. activa als Folge von Verbrechen vgl. Wächter im Arch. f. civ. Pr. XVII. 14.

e) l. 2. C. Qui test. fac. poss. Carpz. III. 6. 13.

f) Conſt. 6. P. III., dazu Carpzov, M. Piſtor qu. 17. Coler. decis. 34., über das gem. Recht vgl. Glück XXXIV. §. 1407. S. 65.

Zweites Capitel.

Von den bei der Errichtung eines Teſtaments zu beobachtenden äußern Feierlichkeiten.

§. 652.

Man theilt die Teſtamente I. nach der verſchiedenen Art der Willenserklärung in ſchriftliche und mündliche (scri-

pta oder nuncupativa); je nachdem der Teſtirer ſeinen letzten Willen mündlich ausſpricht, oder eine abgefaßte Schrift mit der Erklärung, daß ſelbige ſeinen letzten Willen enthalte, vorlegt [a]); II. mit Rückſicht auf die bei deren Errichtung zu beobachtenden Feierlichkeiten in ſolche, welche unter öffentlicher Auctorität (testamenta publica) [b]) und ſolche, welche ohne Mitwirkung obrigkeitlicher Perſonen errichtet werden (test. privata). Die öffentlichen Teſtamente theilt man wieder in ſolche, welche dem Landesherrn ſelbſt übergeben werden [c]) (test. principi oblata), und in gerichtliche Teſtamente. Da die erſtere Art, ein öffentliches Teſtament zu errichten, heutiges Tages nicht mehr vorkommen dürfte [d]), ſo werden wir hier bloß 1) von gerichtlichen, und dann 2) von außergerichtlichen Teſtamenten handeln.

a) vgl. §. 654. 656. 665. 667. Weſentlich gehört zu dem mündlichen letzten Willen, daß die, vor denen er ausgeſprochen wird, die Sprache des Teſtirers verſtehen; vgl. §. 667. not. c. Bei dem test. scripto bleibt gewöhnlich der Inhalt des letzten Willens den bei Errichtung deſſelben concurrirenden Perſonen verborgen. Nöthig aber, wie F. A. Hommel. diss. de scriptura ejusque necess. in test. nuncup. §. 25. Haubold. ad Berg. Oec. II. 3. 4. not. f. meinen, iſt dies nicht; vgl. Hübner disp. l. 6. S. 80. Mühlenbruch §. 660. Schweppe §. 816. Glück XXXIII. §. 1401. Ueber gemiſchte Formen und test. nuncupativum in scripturam redactum vgl. §. 666. Mündliche Erklärungen von Seiten des Teſtirers kommen übrigens bei jeder Art der letzten Willen vor, obſchon bei den ſchriftlichen Teſtamenten nur ſolche, welche zur Beſtätigung der Abſicht zu disponiren, auch zu Herſtellung der Ueberzeugung dienen, daß die producirte Schrift wirklich den letzten Willen des Teſtirers enthalte. Hier fragt ſich nun, ob dergleichen Erklärungen von dem Teſtirer durch eine bloße Antwort auf ihm vorgelegte Fragen gültiger Weiſe bewirkt werden können? vgl. H. Pistor. obs. sing. n. 4. Wernher. p. IX. obs. 153. Leyser. sp. 375. m. 14. 15. die Entſcheidungen bei Puton. Enunc. IV. 160. Gmelin u. Elſäſſer gemein. Beob. V. 5. Glück u. Geiger Rechtsf. III. 42. Glück Pand. XXXIV. §. 1406. Schweppe §. 790. Fragen, welche Statt finden, nachdem die Ueberzeugung feſtſtehet, daß der Befragte disponiren wolle, und die Fähigkeit der Sprache noch habe, die überdies nicht als Suggeſtionen anzuſehen ſind, thun der Gültigkeit einer letzten Willenserklärung keinen Eintrag, weil unter dieſen Umſtänden die Vermuthung wegfällt, daß der letzte Wille nicht deutlich erklärt

oder nicht richtig aufgefaßt worden ſey. Unter denſelben Vorausſetzungen wird auch unbedenklich erſcheinen, wenn die bejahende oder verneinende Antwort auf eine Frage durch Geberden ausgedrückt worden wäre. Nur bei dem mündlichen letzten Willen ſcheint ein bloßes Ja oder Nein, auf die Frage: wer Erbe ſeyn oder ſonſt etwas aus dem letzten Willen erhalten ſoll, nicht ausreichend. Notar. Ordn. tit. von Teſt. §. 8. Ueber die Vorleſung der aufgenommenen Schriften giebt es keine allgemeinen Vorſchriften. Vgl. überhaupt M. D. Grolmann de necessaria ult. vol. praelect. Kilon. 1751. u. §. 654. a. E. In Anſehung der gerichtlichen Protocolle gelten in Sachſen die Beſtimmungen der E. P. O. II. §. 5. 6. u. Not. Ordn. tit. v. Teſt. §. 5. von Langenn u. Kori Erört. II. 26.

b) vgl. Glück XXXIV. §. 1408., beſonders von S. 154. u. die §. sqq. not. a. angef. Schrift von Senkenberg. Spangenberg im Arch. f. civ. Pr. V. 5. S. 159. Roßhirt Zeitſchr. für Civil- und Cr.-R. II. 4.

c) Stryck de caut. test. c. 7. §. 12. Berger P. II. Suppl. ad El. d. for. p. 1743. Claproth a. a. O. §. 32. Walch de testamento principi oblato. Jen. 1777. in Opuscc. I. n. 7.

d) Glück a. a. O. S. 179.

§. 653.

A. Von gerichtlichen Teſtamenten.

Ein gerichtliches Teſtament kann entweder an Gerichtsſtelle ſelbſt, oder in der Wohnung des Teſtators vor den hiezu abgeordneten Gerichtsperſonen, in beiden Fällen aber ſowohl ſchriftlich als mündlich errichtet werden a).

a) Balſer de forma test. judicialis externa. Giess. 1745. Conradi de test. publ., quod fit apud acta. Helmst. 1741. H. G. Bauer de notione test. judicialis, inprimis ejus, quod ruri coram sculteto et scabinis conditum est, valore. Lips. 1766. Herm. Chriſt. Senkenberg von den gerichtl. Teſtamenten bei den Teutſchen. Göttingen 1736. Vielleicht Ueberſetzung oder Auszug aus deſſen Werk: disqu. de test. publ. origine et solennitat. extrinseca sec. jus roman. et patr. ib. 1736. Georg Sam. Madihn Diss. de validitate testamenti non rite oblati. Hal. 1771. Glück XXXIV. §. 1409. 1410. 1411. Bauer. resp. jur. 111. L. 1800. Ein gerichtlicher letzter Wille ſetzt die Concurrenz einer Behörde voraus, zu deren Geſchäftskreiſe Gerichtsbarkeit und zwar jurisdictio civilis gehört. Vor Dorfgerichtsperſonen (vgl. §. 657.) oder vor einer Behörde, welcher bloß eine beſtimmte Art der Gerichtsbarkeit, z. B. die jurisdictio criminalis, zuſteht (vgl. Schmidt

Rechts-Spr. n. 11. Glück §. 1460. S. 203.), kann daher ein letzter Wille mit der Wirkung eines gerichtlichen eben ſo wenig errichtet werden, als vor Behörden, welche bloß mit Verwaltung beauftragt ſind. Auch ſind es in Sachſen wenigſtens nach der neuern Verfaſſung in der Regel nur die Gerichte erſter Inſtanz, welche bei Errichtung letztwilliger Verfügungen concurriren können. Denn wenn ſchon nach dem Geſetz v. 28. Januar 1835. GS. n. 18. §. 5. 6. den Appellationsgerichten die obgen. jurisdictio voluntaria in gewiſſer Maaße zuſteht, ſo kann doch dies, was die Auf- und Annahme von letztwilligen Verfügungen betrifft, nur in wenigen ſeltnen Fällen vorkommen; vgl. Geſ. B. von demſ. dat. GS. n. 19. §. 5. 6. Zu den Gerichtsperſonen, welche bei einem letzten Willen der in Frage ſtehenden Art vorkommen, gehören der Richter und der Actuarius inſofern weſentlich, als in allen Fällen eines gerichtlichen letzten Willens, wenigſtens eine dieſer Perſonen, vorhanden ſeyn muß; vgl. §. 654. 655. Richter iſt übrigens nach ſächſ. Verfaſſung in Aemtern der Beamte oder der deſſen Stelle vertretende erſte Actuar, nicht der Landrichter; bei Patrimonialgerichten, die mit Grundbeſitz verbunden ſind, der Gerichtsherr oder der von ihm zu Ausübung beſtellte Juſtitiarius, nicht der Dorfrichter; Kind I. qu. 139.; vgl. dec. 39. 73. v. J. 1661. Hommel obs. 167. Haubold Handb. §. 337. not. a. In Städten iſt der Stadtrichter der Richter. Der bei Berger Oec. II. 4. I. 2. not. 6. erwähnte Streit, ob auch der Expräto r ſtatt des Richters fungiren könne, war nur ehedem in größern Städten, wo es mehrere Stadtrichter gab, die der Verwaltung des Richteramts abwechſelnd vorſtanden, von Bedeutung. Das Recht des Richters, ſeine Function zu delegiren, iſt von jeher beſtritten worden; inſofern nämlich von der Delegation zu einem beſtimmten Actus die Rede iſt; denn die delegatio generalis, welche in Aemtern dem erſten Actuar, und bei Patrimonialgerichten dem Gerichtshalter geſchieht, iſt als wirkſam nicht zu bezweifeln. Auch kann in Sachſen der Streit über eine delegatio zu einem einzelnen actus nur in dem Fall vorkommen, wenn ein Teſtament in loco judicii errichtet werden ſoll; da in andern Fällen es der Gegenwart des Richters gar nicht bedarf, mithin zwar eine Abordnung der Gerichtsperſonen, nicht aber eine Uebertragung des richterlichen Amts nöthig iſt; vgl. §. 655. Berger Oec. l. l. not. 5. 6. Nach gem. Recht nimmt man an, daß der Richter ſeine vices in einzelnen Fällen dem Actuar übertragen kann. Leyſer sp. 354. m. 3. Glück u. Geiger Rechtsf. I. 10. §. 6. Glück XXXIV. §. 1410. S. 215. Actuarius iſt Jeder, der zur Aufnahme von Protokollen aller Art befähiget iſt, ohne daß dabei der Name in Betracht kommt, alſo in Städten der Stadtſchreiber, Gerichtsſchreiber, Gerichtsnotar ꝛc. Nur ſind ausgeſchloſſen 1) die Viceactuarien oder Regiſtratoren, von denen

das Mand. v. 15. März 1807. C. A. C. I. 1. S. 365. handelt, Kind l. l. p. 262. Eben ſo die Amtslandrichter; Gottſchalk anal. c. 4. S. 97. 2) Diejenigen, welche unter dem Titel Actuarius nur als Amanuenſen des eigentlichen Actuarius angeſehen werden. Zoller Obs. pract. L. 1781. n. 4. Berger l. l. not. 8., wo nur der als Actuarius angeſehen wird, welcher nach Maaßgabe der E. P. O. II. 3. auf die gewöhnliche feierliche Weiſe, auf dem Lande im Beiſein der Unterthanen, verpflichtet worden iſt; vgl. V. v. 2. Novbr. 1837. GS. n. 43. Geſ. v. 3. Jul. 1840. (GS. n. 48.) §. 12. Außerdem haben die Viceactuarien in den Aemtern, welche zu dem Amtsperſonale gehören, unſtreitig auch das Recht, als Actuarien bei Teſtamenten zu fungiren, dagegen ſind Auditoren, Acceſſiſten, Referendare ꝛc. ausgeſchloſſen; vgl. Hagemann Erört. VII. 28. Durch das Geſetz v. 3. Julius 1840. §. 3—6. iſt auch den bei einem Gericht als Acceſſiſten verpflichteten Rechtscandidaten mit gewiſſen Beſchränkungen das Recht zu protokolliren zugeſtanden worden, ohne daß in Beziehung auf Teſtamente eine Ausnahme gemacht wird. Inzwiſchen ſcheint es doch bedenklich, ſolche Perſonen zur Aufnahme von Teſtamenten zu adhibiren, da ſie bei der Aufnahme von Protokollen nicht ſo ſelbſtſtändig, wie ordentliche Actuare, handeln, ſondern an die Leitung des concurrirenden Richters gebunden ſind. Dies gilt vornehmlich von dem Fall, wenn nach §. 6. des Geſ. das Protokoll von dem Richter in die Feder dictirt werden ſoll. Der Actuarius iſt übrigens eigentlich in allen Fällen nothwendig, in welchen bei einer gerichtlich vollzogenen letztwilligen Dispoſition die Aufnahme eines Protokolls erforderlich iſt; vgl. Leyſer p. 71. m. 1—7. Quiſtorp Beitr. n. 42. Schmidt Rechtsſpr. n. 7. §. 3. Glück XXXIV. §. 1411. S. 215. Die in dem folgenden §. sub a. erwähnte Beſtimmung des ſächſ. Rechts beweiſet entweder, daß die Fertigung eines Protokolls über einen bei Gericht niedergelegten ſchriftlichen letzten Willen nicht weſentlich zu der Verhandlung gehöre, oder ſie geſtattet, freilich als eine etwas auffallende Ausnahme von der Regel, dem Richter, der als ſolcher zu protokolliren nicht befähigt iſt, in dem erwähnten Fall ein Protokoll aufzunehmen; vgl. Gottſchalk anal. c. 4. S. 83. Ueber die Nothwendigkeit des Beiſeyns von Schöppen iſt ſeit alten Zeiten geſtritten worden; vgl. Finkelthaus obs. 63. Carpzov p. III. c. 3. def. 15. u. resp. VI. 12. Cramer Wetzl. Nebenſt. X. 6. Schmidt Rechtsſpr. n. 7. Klein Rechtsſpr. der Hall. Jur. Fac. II. 27. IV. 2. Kind. I. qu. 39. Gottschalk. anal. jur. Sax. c. 4. Glück XXXIV. §. 1411. S. 212. Daß bei gerichtlichen Teſtamenten das Gericht an die Stelle der Zeugen trete, iſt eine ſehr gewöhnliche Behauptung, die man namentlich auch bei Glück XXXIV. §. 1409. S. 197. u. Hübner. disp. c. 3. S. 56. c. 6. S. 75. 77. findet. Eine Behauptung,

die allerdings durch l. 19. C. de test. u. die Worte der c. 3. p. III. keine andern Zeugen ꝛc. beſtätigt zu werden ſcheint, aber mit einer andern, von nicht wenig Rechtslehrern aufgeſtellten, unverträglich iſt, nach welcher bei dem gerichtlichen Teſtament nicht bloß solennitas testium, ſondern auch andere äußere Förmlichkeiten wegfallen. Wie dem aber auch ſey, ſo iſt jene Behauptung jeden Falls ſo zu verſtehen, daß das Gericht ſelbſt, nicht die einzelnen bei Errichtung des Teſtaments concurrirenden Gerichtsperſonen, als Zeuge gilt. Dieſe kommen in Betracht als die Perſonen, durch welche das Gericht repräſentirt wird, mithin leidet auf ſie das, was §. 662. 663. II. geſagt worden iſt, keine Anwendung. Es ſchadet alſo Verwandtſchaft einzelner Gerichtsperſonen mit dem Teſtirer oder dem eingeſetzten Erben nicht; eben ſo wenig, wenn etwa eine der Gerichtsperſonen Curator der Teſtirerin oder Erbin iſt; vgl. Putoneus enunc. III. n. 130. Berger Oec. II. §. 2. n. 8. und noch weniger Verwandtſchaft unter den Gerichtsperſonen ſelbſt; vgl. Schmidt Rechtsſpr. n. 9. Nur die Beſtimmungen des §. 676. ſind von der Art, daß bei ihnen die Perſönlichkeit der einzelnen das Gericht conſtituirenden Perſonen in Betracht kommt. Außer der Gegenwart der erforderlichen Gerichtsperſonen giebt es aber bei einem gerichtlichen letzten Willen keine beſondern Feierlichkeiten, a. l. 19. C. de test. Die erforderliche Zahl der Gerichtsperſonen muß aber vorhanden ſeyn, ſobald der actus testandi beginnt; vgl. Höpfner Beitr. zur jur. Praxis, I. n. 10. Glück u. Geiger Rechtsf. III. 34. n. 6. Mühlenbruch doctr. pand. §. 1663. Schweppe §. 822.; vgl. jedoch Gottſchalk anal. jur. sax. c. 8., ingl. disc. III. 7. p. 93. Roßhirt a. a. O. S. 43. Ueber die Form der aufzunehmenden Regiſtraturen vgl. Reſcr. v. 28. Oct. 1791. bei Gottſchalk l. l. p. 196. Uebrigens kann auch ein testamentum privatum scriptum bei Gericht deponirt werden, mit der Wirkung, daß es als test. privatum gilt, wenn die Requiſiten des test. publ. nicht beobachtet worden ſeyn ſollten. Rösler decis. I. 15. 18. Ob aber auch ein testam. privatum, das als ſolches nicht mit Beobachtung der nöthigen Form errichtet worden iſt, als test. publicum gelte, wenn es gerichtlich deponiret worden iſt, kann wegen der reg. Catoniana zweifelhaft erſcheinen; vgl. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1429. S. 303. Doch iſt die Frage, wenn der Teſtirer erklärt, daß die Schrift ſeinen letzten Willen enthalte, jeden Falls zu bejahen; vgl. jedoch dagegen Roßhirt a. a. O. S. 43.

§. 654.

I. Soll ein bereits ſchriftlich abgefaßtes Teſtament A) an Gerichtsſtelle ſelbſt übergeben werden, ſo wird erfordert, 1) daß der Teſtator in eigner Perſon ſich an

Gerichtsſtelle verfüge, und das entweder von ihm ſelbſt, oder durch eine andere Perſon niedergeſchriebene Teſtament eigenhändig (nicht aber durch einen Bevollmächtigten) überreiche [a]); 2) daß der Richter nebſt dem verpflichteten Actuarius gegenwärtig ſey, welchenfalls die Zuziehung einiger Schöppen von keiner Nothwendigkeit iſt [b]). Hingegen iſt die Gegenwart des Richters ſowohl, als des Actuarius, ſchlechterdings nothwendig, und ein Teſtament, welches entweder dem Richter allein, oder dem Actuarius allein an Gerichtsſtelle übergeben worden, würde ungültig ſeyn, wenn auch gleich Schöppen dabei gegenwärtig geweſen wären [c]). Doch leidet ſolches alsdann eine Ausnahme, α) wenn der Teſtator dem Tode nahe iſt, und der Actuarius nicht ſobald erlangt werden kann; welchenfalls die Gegenwart des Richters allein ſchon hinreichend iſt, doch muß letzterer den Nothfall ſowohl, als die Abweſenheit des Actuarius gerichtlich atteſtiren [d]); β) wenn die Verwaltung der Gerichtsbarkeit dem Actuarius übertragen worden, mithin derſelbe zugleich die Perſon des Richters vorſtellt; in dieſem Falle iſt es ſchon genug, wenn der Actuarius oder Gerichtsverwalter nebſt einem Schöppen, oder, wenn bei naher Todesgefahr des Teſtators nicht ſogleich ein Schöppe zu erlangen wäre, auch der Actuarius allein ſich an Gerichtsſtelle befindet; nur muß letzterer ſolchenfalls alle dieſe Umſtände im Protocolle bemerken [e]); 3) daß der Richter oder Actuarius auf den Fall, da der Teſtirer blind iſt, demſelben das Teſtament nochmals vorleſe [f]). Uebrigens muß 4) der ganze Vorgang protocollirt, das Teſtament an dem beſtimmten Platze niedergelegt, und dem Teſtirer ein Recognitionsſchein darüber ausgeſtellt werden [g]).

a) Carpzov P. III. c. 3. d. 23. Berger Oec. L. II. T. 4. th. 2. n. 2. Kind Qu. for. T. II. c. 40. I. 40. ed. 2. Iſt der Teſtator für ſeine Perſon im judicio nicht bekannt, ſo iſt es zur Vermeidung eines falsi nothwendig, daß zuvörderſt deſſen Perſon durch Bekannte recognoſcirt werde. Claproth a. a. O. §. 8. S. 55. Mand. v. 1. März 1804. §. 11. C. A. C. III. 1. S. 209. Das Mand. v. 27. Sept. 1819. GS. n. 33. ſcheint auch hier anwendbar, obwohl daſelbſt von Teſtamenten und Codi-

cillen nicht ausdrücklich die Rede iſt. Ueber die Frage, ob ein ſchriftlicher letzter Wille durch einen Procurator dem Gericht übergeben werden könne, ſind bekanntlich die Meinungen ſelbſt unter den ſächſiſchen Juriſten nicht einſtimmig. Für die bejahende Beantwortung ſtimmen: J. Fl. Rivinus de test. per procur. jud. oblato. L. 1723. G. L. Böhmer, Rechtsf. III. 234. Leyser Sp. 354. m. 4. Müller. ad L. obs. 726. Glück u. Geiger Rechtsf. I. 3. §. 3. ff. Zoller. obs. pr. L. 1780. n. 2. Schweppe §. 822. Dagegen aber erklären ſich mit Recht ſchon H. Pistor. quaest. III. 28. Carpzov. p. III. c. 3. def. 23. Rösler. decis. I. 3. u. 20. Wernher. p. IV. obs. 64. Berger. Oec. II. 4. 2. not. 2. Hübner disp. test. I. 3. Guyet im Arch. f. civ. Pr. XIII. 4. Roßhirt a. a. O. Glück XXXIV. S. 191.; vgl. jedoch Mühlenbruch XXXVIII. §. 1212. S. 305. Kind. l. 40. v. Hartitzſch n. CCCCV. Daß ein mündliches Teſtament nur von dem Teſtirer ſelbſt vorgetragen werden könne, darüber iſt kein Streit; Madihn de validitate test. non rite oblati. §. 20. Daß der letzte Wille verſiegelt übergeben werde, iſt nicht nöthig. Eiſenhart Rechtsf. I. 29.

b) Conſt. 3. P. III. Deciſ. 45. v. J. 1661.

c) Deciſ. 39. v. J. 1661. angez. Deciſ. 45. Kind Quaest. for. T. I. cap. 110. I. 39. ed. 2.

d) angez. Deciſ. 45. Daß dieſe Deciſion lediglich auf diejenigen Teſtamente, welche an Gerichtsſtelle errichtet werden, einzuſchränken ſey, behauptet Kind a. a. O. und Gottſchalk in anal. juris Sax. cap. 4. Der entgegengeſetzten Meinung, daß nämlich die gedachte Deciſion auch auf die in des Teſtirers Wohnung errichteten gerichtlichen Teſtamente zu erſtrecken ſey, ſind Berger Oec. L. II. T. IV. th. 2. n. 5. und Hommel Obs. 167.

e) angez. Deciſ. 45. Schmidt Rechtsſpr. n. 8. Die weſentlichſte Perſon bei dieſer Art des gerichtlichen Teſtaments, welche alſo unter keinerlei Umſtänden fehlen darf, iſt die des Richters.

f) l. 8. C. Qui test. fac. poss.; vgl. §. 649. Dieſe nochmalige Vorleſung eines übergebenen ſchriftlichen Teſtaments iſt auch dann höchſt rathſam, wenn der Teſtator weder leſen noch ſchreiben kann. Wernher P. IV. Obs. 64. Carpz. decis. 149., obwohl keineswegs zu behaupten iſt, daß daſſelbe wegen unterlaſſener Vorleſung für ungültig zu achten ſey, Leyſer Sp. 353. m. 4. et in Suppl. ad h. Spec. Vol. XI. p. 214. Berger Oec. II. II. 4. 2. Gottfr. Ludw. Winkler Pr. de praelectione judiciali in testamento illiterati haud necessaria. Lips. 1789. A. M. iſt Wernher l. l. J. H. Böhmer. de test. non praelecto. §. 45—47. in Ex. ad Pand. tom. IV. n. 75. Glück XXXIV. §. 1409. S. 190.; vgl. Kind. I. qu. 46. von Langenn u. Kori II. 26. Thibaut

im Arch. f. civ. Pr. VI. 12. Daß das von dem Richter aufgenommene Protocoll vorgeleſen werde, ſcheint nicht weſentlich; vgl. §. 653. not. a. §. 656. not. a.

g) Daß die Depoſition des bei Gericht producirten letzten Willens nicht weſentlich erforderlich ſey, vielmehr derſelbe als gerichtlicher letzter Wille beſtehe, wenn der Teſtirer denſelben mit dem Aufnahmeprotocoll oder doch beglaubigter Abſchrift deſſelben unter dem Gerichtsſiegel zur eignen Aufbewahrung ſofort wieder an ſich genommen hat, ſ. Meiſter rechtl. Bem. X. 11. n. 2. Madihn Miſcellen n. 21.; vgl. Cramer. Wetzl. Nebenſt. IV. 2. In einem ſolchen Fall würde auch der ſonſt erforderliche Recognitionsſchein wegfallen. Vgl. §. 732. Daß das Protocoll über die Uebergabe des letzten Willens vorgeleſen werde, ſcheint in Sachſen um ſo weniger weſentlich nothwendig, als ſelbſt Aufnahme des Protocolls nicht in allen Fällen erfordert wird; vgl. §. 654. sub 2α., in §. 656. not. a. Höpfner Beitr. zur jur. Pr. I. 10. S. 62.

§. 655.

B) Wenn hingegen der Teſtator nicht ſelbſt an Gerichtsſtelle erſcheint, ſondern um die Abordnung einiger Gerichtsperſonen in ſeine Behauſung bittet, um ihnen ſein bereits ſchriftlich abgefaßtes Teſtament zur gerichtlichen Niederlegung zu übergeben, ſo wird erfordert, daß entweder der Richter, der Actuarius und ein Schöppe, oder der Actuarius und zwei Schöppen, oder, wenn der Actuarius zugleich die Perſon des Richters in ſich vereinigt, derſelbe wenigſtens mit einem Schöppen ſich in des Teſtirers Wohnung verfüge [a]). Außerdem iſt das Nämliche zu beobachten, was wir im vorigen §. no. 3. 4. bemerkt haben.

a) Deciſ. 73. v. J. 1661. v. Winkler ad Bergeri Oec. L. II. T. 4. th. 2. n. 5. G. L. Mencken. de test. jud. extra locum jud. cond. Viteb. 1716. Schmidt Rechtsſprüche. n. 9. Glück u. Geiger Rechtsſ. I. 10. Glück §. 1410. S. 205. §. 1411. Kind. I. qu. 39. Gottschalk. Anal. c. 5. Bei dieſer Art des gerichtlichen Teſtaments iſt folglich der Actuarius die weſentlichſte Perſon, nicht der Richter; daher denn auch das Beiſeyn des Dorfrichters u. eines Schöppen, od. zweier Schöppen, hinreicht. Bauer in der §. 653. not. a. angef. Diss. §. 6.; vgl. Gottſchalk l. l. pag. 98. Ueber die Nothwendigkeit der Abordnung von Seiten des Richters vgl. G. Ch. Bastineller. pr. de test. extra locum jud. coram actuario et duobus scabinis sine speciali jud. praescitu condito. Viteb. 1737. Quiſtorp Beitr.

n. 42. S. 603. Glück §. 1410. S. 210. In Sachſen iſt von Abordnung bloß in dem rubr. der dec. 73., obwohl nicht als von einem weſentlichen Erforderniß, die Rede. Man folgert aber die Nothwendigkeit einer Abordnung von Seiten des Gerichts aus c. 3. p. III. verb. von Gerichtswegen; Carpzov. ad d. c. def. 20. Haubold S. P. R. §. 337. Nicht nothwendig iſt, daß der Teſtirer in eigner Perſon den Richter um die Abordnung der Gerichtsperſonen angehe, ſondern jeder andere, ſelbſt der Erbe, kann in des Teſtirers Namen, der Gültigkeit des Teſtaments unbeſchadet, den Richter darum erſuchen, Stryk de caut. test. c. 7. §. 35. Winkler ad Berger. II. IV. 2. 11. Hommel Obs. 570. Glück a. a. O. S. 210. Uebrigens hat der Teſtirer kein Recht der Wahl in Anſehung der abzuordnenden Perſonen; Quiſtorp a. a. O. Glück §. 1411. S. 217. Daß die Abordnung in die Wohnung des Teſtirers geſchehe, iſt nicht nothwendig. Sie kann vielmehr an jeden andern Ort, an welchem der Teſtirer ſich aufhält und namentlich auch in die Privatwohnung des Richters geſchehen. Glück §. 1410. S. 205. 211. In dieſem letztern Fall entſteht die Frage, ob das Teſtament als ein in loco judicii errichtetes anzuſehen ſey, oder nicht? Der Satz: ubi judex, ibi judicium würde als Argument für das Daſeyn eines in loco jud. errichteten letzten Willens nur dann gelten, wenn die Wohnung des Richters innerhalb des Gerichtsſprengels ſich befände; vgl. einen hieher gehörigen Fall in Martins Jahrb. der Geſetzgeb. u. Rechtspflege in Sachſen. I. 21. Die Frage, ob in Nothfällen, wie z. B. bei dringender Gefahr des Todes, von der dem test. extra locum judicii condito vorgeſchriebenen Form etwas nachgelaſſen werden könne? verneint Kind. I. 39. S. 261. Gottschalk. anal. c. 4. S. 85. cap. 5. S. 97. f.; vgl. dagegen Schmidt Rechtsſpr. n. 10.

§. 656.

II. In dem andern Falle, wenn Jemand ein mündliches Teſtament gerichtlich aufrichten will, iſt 1) in Abſicht auf die dabei erforderlichen Gerichtsperſonen, je nachdem der Teſtirer entweder ſelbſt an Gerichtsſtelle erſcheint, oder um die Abordnung einiger Gerichtsperſonen in ſeine Wohnung bittet, das Nämliche zu beobachten, was wir §. 654. n. 2. und §. 655. erinnert haben. Nächſtdem hat 2) der Richter oder Actuarius das mündlich ausgeſprochene Teſtament in Form einer Regiſtratur niederzuſchreiben, ſodann 3) daſſelbe dem Teſtator nochmals vorzuleſen [a]), 4) ſolches nebſt den gegenwärtig geweſenen Gerichtsperſonen zu unterſchreiben [b]) und mit dem Gerichtsſiegel

zu unterſiegeln; hierauf aber 5) an Gerichtsſtelle verwahrlich niederzulegen c), und 6) dem Teſtator einen Niederlegungsſchein auszuſtellen.

a) So wenig ein ſorgſamer Richter oder Actuar die Vorleſung des aufgenommenen Teſtaments je, wo nur irgend möglich, unterlaſſen wird, ſo wenig ſcheint doch die unterbliebene Vorleſung an ſich u. ſchlechterdings ein weſentlicher Mangel; vgl. Berger. consil. 301. n. 1. Oec. II. 3. 4. not. 3. ibi Haubold. not. f. Schorch. consil. et resp. Erff. n. 64. So entſchied auch der Schöppenſtuhl zu Leipzig in einem responsum nach Limbach in einem Fall, in welchem der Teſtirer ſeinen letzten Willen gehörig ausgeſprochen hatte, allein noch vor beſchehener Vorleſung in einen Zuſtand von Bewußtloſigkeit, der mit dem Tode endete, verfallen, und der letzte Wille bloß den Gerichtsperſonen vorgeleſen worden war; vgl. §. 668. not. b. Höpfner Beitr. z. civ. Pr. I. 10. S. 62. Die Notar.-Ordn. tit. von Teſt. §. 5. ſpricht bloß von Teſtamenten, die coram notario errichtet worden ſind. Iſt übrigens Vorleſung des letzten Willens ſelbſt nicht erforderlich, ſo braucht noch weniger das Protocoll über Aufnahme eines ſchriftlichen letzten Willens vorgeleſen zu werden.

b) Die Unterſchrift des Teſtirers ſelbſt iſt rathſam, aber von keiner Nothwendigkeit, Arg. Erl. Proc.-O. ad Tit. II. §. 6. Die Unterſchrift des Actuars hingegen iſt ſchlechterdings nothwendig.

c) Die Unterſchrift der außer dem Actuar gegenwärtig geweſenen Gerichtsperſonen wird nicht an allen Orten bewirkt, und iſt in der That auch nirgends vorgeſchrieben. Noch weniger iſt Unterſiegelung nöthig. An die Stelle der eigentlichen Depoſition tritt gewöhnlich die Eintragung in die Gerichtshandelsbücher.

§. 657.

Außerdem iſt noch in Anſehung aller gerichtlichen Teſtamente überhaupt zu bemerken: I. Da bei einem jeden gerichtlichen Teſtamente die Gegenwart des Actuars oder Gerichtsverwalters der Regel nach ſchlechterdings nothwendig iſt (§. 654.), ſo ergiebt ſich hieraus, α) daß in deſſen Abweſenheit die gerichtliche Aufnahme eines Teſtaments von einem hiezu requirirten Notarius ohne rechtliche Wirkung ſey a), dafern derſelbe zu dieſer Teſtamentsaufnahme nicht beſonders verpflichtet worden iſt b); β) daß aus gleichem Grunde auch ein in Abweſenheit des Gerichtsverwalters vor dem Gerichtsherrn c), oder vor den Dorfgerichten errichteter

letzter Wille (wenn ſie gleich der Gerichtsherr bei naher Todesgefahr des Teſtirers in deſſen Wohnung abgeſchickt hätte) keineswegs für rechtsbeſtändig zu achten ſey [d]).

a) Kind Qu. f. T. II. c. 41. I. 39. ed. 2. v. Hartitzſch n. CCXCI. Dies ſcheint durch die Beſtimmung des Geſ. v. 3. Jul. 1840. (GS. n. 48.) eine Aenderung erlitten zu haben. Nach demſelben kann eine zu interimiſtiſcher Vertretung des Richters requirirte und zum Richteramt befähigte Perſon, welche übrigens nicht einmal Notar zu ſeyn braucht, den Richter in allen gerichtlichen Verhandlungen vertreten. Aehnliches ſcheint auch von einer Perſon gelten zu müſſen, welche requirirt worden iſt, um die Stelle des Actuar zu vertreten. Daß dieſe Verpflichtung auf die in der E. P. O. II. 3. vorgeſchriebene Weiſe geſchehe, iſt nicht vorgeſchrieben, auch bei der Verpflichtung für eine einzelne Handlung nicht anwendbar. Auch der Actuarius eines fremden Gerichts ſoll nicht anders als mit den Gerichtsperſonen des Gerichts, bei welchem er verpflichtet iſt (vgl. §. 658.), bei Errichtung eines letzten Willens fungiren können; vgl. Gottschalk. anal. c. 4. p. 101.

b) Winkler ad Berger. L. IV. T. VI. not. 5 b.

c) Deciſ. 39. v. J. 1661. Erl. Proc. O. ad Tit. II. §. 5.

d) Kind Tom. I. c. 110. I. 39. ed. 2. Gottschalk. l. l. S. 99. Glück XXXIV. §. 1410. S. 207. v. Hartitzſch n. CCCCVI. Der entgegengeſetzten Meinung iſt Hommel Obs. 167. u. Bauer. in diss. §. 653. not. a. laud., wenigſtens dann, wenn der Actuar zugegen geweſen iſt und delegatio von Seiten des Gerichtsherrn Statt gefunden hat; vgl. auch deſſen resp. 111. Rösler. Decis. I. 12. Haubold. not. l. ad Berg. Oec. II. 4. 2.

§. 658.

II. Es iſt nicht nothwendig, daß ein gerichtliches Teſtament vor des Teſtators ordentlicher Obrigkeit errichtet werde, ſondern es ſteht einem Jeden frei, auch in fremde Gerichte ſich zu begeben, und daſelbſt vor einem andern Richter, deſſen Gerichtsbarkeit er nicht unterworfen iſt, einen letzten Willen aufzurichten oder zu übergeben [a]). Wenn hingegen ein Richter in fremde Gerichte ſich zu verfügen, und daſelbſt Jemandes letzten Willen auf- oder anzunehmen erſucht wird, ſo hat derſelbe zwar der an ihn ergangenen Requiſition Folge zu leiſten, und ſich zu dem Ende mit den erforderlichen Gerichtsperſonen an dem beſtimmten Orte einzufinden, doch muß er längſtens binnen

8 Tagen von Zeit des errichteten oder aufgenommenen letzten Willens dem ordentlichen Richter, mit der Erklärung, daß es ihm an ſeinen Gerichten unſchädlich ſeyn ſolle, Nachricht davon ertheilen, und ihm die wegen des Teſtaments entzogenen Sporteln (als für welche der Judex requisitus zu ſtehen, und an dem Teſtator ſich diesfalls wieder zu erholen hat) zugleich mit überſchicken [b]). Dafern der requirirte fremde Richter ſolches verſäumt, ſo iſt zwar das vor ihm errichtete Teſtament, dafern nur ſonſt die geſetzlichen Vorſchriften dabei beobachtet worden, deshalb keinesweges für ungültig zu achten; doch wird der Richter wegen ſeiner Nachläſſigkeit um viermal ſoviel, als er für das errichtete oder aufgenommene Teſtament erhalten hat, oder hätte erhalten ſollen, beſtraft; welche Strafe dem landesherrlichen Fiscus anheim fällt, und, wenn der Richter ſich zu wiederholten Malen dergleichen zu Schulden kommen läßt, jedesmal erhöht wird [c]).

a) l. 19. C. de testam. ibi: cujuscunque judicis; vgl. Glück XXXIV. §. 1410. S. 205., woſelbſt zugleich gezeigt wird, daß auch das vor einem ausländiſchen Gericht errichtete Teſtament gültig ſey.

b) Deciſ. 8. v. J. 1746. Geſetz v. 26. Oct. 1834. §. 7. GS. n. 66. Gottschalk. analect. c. 5. S. 101. Disc. III. 7. S. 93. seq. Die Reſtitution bezieht ſich nicht auf alle von dem judex requisitus liquidirte Koſten; alſo nicht auf Separatkoſten, Auslöſung oder Aſſeſſurgebühren, ſondern nur auf die dem ordentlichen Richter entzogenen Sporteln; J. W. IV. 144.

c) Ebendaſ. Nach gem. Recht wird freilich ein von den Gerichten eines beſtimmten Orts außerhalb des Gerichtsbezirks errichteter letzter Wille ungültig ſeyn; Schmidt Rechtsſpr. n. 11. Glück Pand. III. §. 194. S. 105. XXXIV. §. 1410. S. 206. Madihn Miscellen n. 22. A. M. iſt jedoch G. L. Böhmer, Rechtsf. III. n. 200., wenigſtens inſofern als ein Gerichtsherr berechtigt ſeyn ſoll, fremde Gerichte zur Aufnahme eines letzten Willens innerhalb ſeines Gerichtsbezirks zu requiriren, Berger. Oec. II. 4. 2. not. 5. 6.; vgl. auch, was letztern Punkt betrifft, Gottschalk. anal. a. a. O.

§. 659.

Doch bemerken wir hiebei, 1) daß dieſe Verordnung in Anſehung der Militairgerichte keine Anwendung leide;

mithin ſowohl die Civilgerichte auf Erſuchen der Perſonen vom Militairſtande zur Aufnahme letzter Willensverordnungen ſich zu ihnen verfügen, als auch die Militairgerichte bei den am Orte ihres Aufenthalts befindlichen Perſonen vom Civilſtande ein Gleiches bewerkſtelligen können, ohne daß ihnen gegenſeitig die Verbindlichkeit zur Notification und Ueberſendung der Gerichtsſporteln obliegt [a]). 2) Eben ſo wenig iſt der requirirte Richter hiezu verbunden, wenn die Jurisdiction an dem Orte, wo der Teſtator ſeine Wohnung hat, zwiſchen ihm und mehrern Richtern ſtreitig iſt [b]). 3) Sind an einem Orte mehrere Gerichtsſtellen befindlich, ſo ſteht es ebenfalls in der Willkühr des Teſtators, welchen von dieſen verſchiedenen Richtern er zur Annehmung ſeines letzten Willens requiriren will, ungeachtet das Haus, wo der Teſtator wohnt, der Gerichtsbarkeit des requirirten Richters nicht unterworfen wäre; auch iſt letzterer ſolchenfalls zur Notification und Uebermachung der Sporteln an des Teſtators ordentlichen Richter nicht verbunden [c]). 4) Wenn von verſchiedenen Richtern dem einen bloß die Erbgerichte, dem andern allein die Obergerichte an dem Orte, wo der Teſtator ſich aufhält, zuſtehen, ſo iſt Letzterer, auch wenn er ſeinen Sitz an einem andern Orte hat, doch keinesweges für einen incompetenten Richter zu achten, mithin, wenn er ſich auf des Teſtators Erfordern in deſſen Behauſung zur Aufnahme eines letzten Willens begeben hat, zur Notification und Ueberſendung der Sporteln an den Unterrichter ebenfalls nicht verbunden [d]). 5) Ein gleiches Recht ſteht auch ſelbſt dem Richter der höhern Inſtanz zu, ſofern ſich deſſen Gerichtsbarkeit über den Ort, wo der Teſtirer wohnhaft iſt, erſtreckt, und zwar ebenfalls ohne Unterſchied, ob er an dem nämlichen Orte ſich aufhält oder nicht [e]).

a) Kriegsgerichtsreglement v. 23. Jan. 1789. Abſchn. V. §. 3. Ueber die Perſonen, welche hiebei concurriren, vgl. Stiehler pract. Handb. n. 26. Nach dem Geſetz C. v. 28. Januar 1835. (GS. n. 20.) §. 36. n. 6. ſind Militairgerichtsbehörden nur noch in Anſehung der letztwilligen Verfügungen von Militairperſonen competent.

b) angez. Deciſ. 8. v. J. 1746.

c) Ebendaſ. Es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß ein ſolcher Richter die ordentlichen Ober- oder Erbgerichte haben müſſe. Iſt ſeine Gerichtsbarkeit bloß auf gewiſſe Gegenſtände, z. B. bloß auf Forſtſachen ꝛc., eingeſchränkt, ſo iſt er zur Aufnahme eines letzten Willens nicht befugt. Stryck caut. test. c. 7. §. 25.; vgl. §. 653. not. a.

d) angez. Deciſ. H. G. Bauers Erl. d. Deciſ. §. 8. S. 87.; vgl. Carpzov. p. III. c. 7. def. 12. Berger. Oec. l. l. not. 6. Quiſtorp Beitr. n. 42.

e) Ebendaſ.; vgl. jedoch §. 653. not. a. S. 17.

§. 660.

6) Ein Gerichtsherr kann vor ſeinen eignen Gerichten gültiger Weiſe einen letzten Willen errichten [a]). 7) Wenn königliche Hof- und Jagdbediente in herrſchaftlichen Verrichtungen ſich außerhalb Landes auf Reiſen befinden, ſo ſteht es ihnen frei, in Gegenwart eines Hofofficiers, oder des dazu abgeſchickten Hofſecretairs und zweier dazu verordneter Hofofficianten ihren letzten Willen aufzurichten, welcher ſodann alle Wirkungen eines gerichtlichen Teſtaments hat [b]).

a) Erl. Proc. Ordn. ad Tit. II. §. 3. Berger. Oec. l. l. not. 6.

b) Regulativ in Anſehung der Cognition der Hofämter in den rechtlichen Angelegenheiten der Hofbedienten, v. 22. März 1786. §. 9. Reſcr. v. 5. Apr. ebendeſſ. Jahres.

§. 661.

B. Von außergerichtlichen Teſtamenten.

Außergerichtliche Teſtamente nennt man diejenigen, welche ohne richterliche Mitwirkung bloß in Gegenwart mehrerer Zeugen errichtet werden. Sie ſind ebenfalls entweder mündliche oder ſchriftliche Teſtamente, je nachdem der Teſtator ſeinen letzten Willen vor den zuſammenberufenen Zeugen entweder mündlich ausſpricht, oder ihnen ein von ihm ſelbſt oder von einer andern Perſon ſchon vorher niedergeſchriebenes Teſtament, unter der Erklärung, daß ſolches ſein letzter Wille ſey, zur Unterſchrift und Unterſiegelung vorlegt. Es giebt nun eine gewiſſe Form, nach welcher in der Regel alle außergerichtliche Teſtamente und

letztwillige Verfügungen errichtet werden müſſen, wenn ſie zu Recht beſtändig ſeyn ſollen, testamenta jure communi, secundum jus commune condita. Es kommen aber auch Teſtamente und letztwillige Verfügungen vor, bei denen mehrere als die regelmäßig erforderlichen Förmlichkeiten zu beobachten ſind [a]), und andere, bei welchen eine oder mehrere Förmlichkeiten wegfallen (testamenta privilegiata) [b]).

a) Dahin gehört das ſchriftliche Teſtament eines, des Schreibens unerfahrenen Teſtirers, §. 665. Nach gemeinem Recht auch das Teſtament eines Blinden, l. 8. C. qui test. fac. §. 4. f. quib. non est perm. fac. test. Notar. Ordn. tit. von Teſt. §. 9. 11. Glück XXXIV. §. 1406. d. der Taubſtummen, vgl. Marezoll im Arch. f. civ. Pr. VIII. 10. n. 4. über das ſächſ. Recht vgl. §. 649. Daß bei einem letzten Willen mehr Förmlichkeiten beobachtet worden ſind, als geſetzlich erforderlich iſt, thut natürlich der Gültigkeit deſſelben keinen Eintrag; vgl. Not. Ordn. tit. von Teſt. §. 6. a. E.

b) vgl. Cap. 6. Ganz ohne Förmlichkeiten kann das test. militis beſtehen; vgl. §. 734. ff.

§. 662.

In beiden Fällen nun, es mag Jemand ein mündliches oder ſchriftliches Teſtament errichten wollen, wird A) überhaupt erfordert A) die Gegenwart von ſieben Zeugen [a]). Die Zeugen müſſen aber I. zu Teſtamentszeugen tüchtig ſeyn; wobei jedoch bloß auf die Zeit, da das Teſtament errichtet wird, Rückſicht genommen wird; die nachher eingetretene Unfähigkeit des Zeugen iſt der Gültigkeit des Teſtaments unnachtheilig [b]). Unfähige Zeugen aber ſind α) zu allen und jeden Teſtamenten $\alpha\alpha$) von Natur: 1) Unmündige, welche das 14te Jahr noch nicht zurückgelegt haben [c]); 2) Raſende und Wahnſinnige [d]); 3) taube, ſtumme [e]) und blinde Perſonen [f]); $\beta\beta$) wegen geſetzlicher Vorſchrift [ff]): 1) Weibsperſonen [g]); 2) diejenigen, welche gerichtlich für Verſchwender erklärt worden ſind [h]); 3) ehrloſe Perſonen [i]), d. h. ſolche, welche nach Vorſchrift der Geſetze durch richterliches Erkenntniß für ehrlos erklärt worden ſind (§. 206.), β) in Beziehung auf gewiſſe Teſtamente 1) der Sohn im Teſtamente des Vaters, und der Vater im Teſtamente des

Sohnes, ſo lange ſich dieſer in jenes väterlicher Gewalt befindet [k]); 2) der Bruder im Teſtamente des Bruders, mit welchem er ſich zugleich in der nämlichen väterlichen Gewalt befindet [l]); 3) der Erbe [m]); deſſen Vater und Sohn [n]); des Erben Bruder aber iſt nur dann unzuläſſig, wenn er ſich mit demſelben noch in einerlei väterlicher Gewalt befindet [o]). Hingegen ſind Legatarien und fideicommiſſariſche Erben gültige Teſtamentszeugen [p]); wie denn auch die Verwandtſchaft der Zeugen unter einander daran nicht hinderlich iſt [q]).

a) §. 3. I. de test. ordinand. l. 21. pr. C. de testam. Notariatsordnung v. J. 1512. Tit. von Teſtamenten, §. 2. Ueber das in Sachſen nicht gültige test. jur. canonici, welches vor dem Pfarrer und zwei Zeugen errichtet wird, vgl. Glück XXXIV. §. 1408. a., Schweppe §. 823. Ein Paar Fälle, in welchen der Pfarrer bei Errichtung eines letzten Willens concurrirt hatte, ſ. bei Eiſenhart I. 13. X. 6., unter denen der erſte, in welchem der letzte Wille von der Kanzel herab verkündigt ward, der merkwürdigſte iſt. Daß unter den Zeugen oder neben denſelben ein Notarius concurrire, iſt keineswegs nöthig. Stryck de caut. test. c. IV. §. 5. VII. §. 41. XXIII. §. 18. 19. Eiſenhart III. 19. Daß der adhibirte Notarius das Inſtrument auch ſpäter, ſogar post mortem testatoris, aufnehmen könne, ohne daß dadurch der Gültigkeit des Teſtaments Eintrag geſchiehet, ſ. Rösler l. dec. 18. n. 2.

b) l. 22. §. 1. D. Qui test. fac. poss. Uebrigens wird auf einen entſchuldbaren Irrthum billige Rückſicht genommen, wenn bei Errichtung des letzten Willens ein Zeuge adhibirt ward, der allgemein für habilis galt, §. 7. I. de test. ord. l. 1. C. de test. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 3. Glück XXXIV. §. 1413. a. §. 339. Ein Fall dieſer Art iſt in der neuern Zeit bei den franzöſiſchen Gerichtshöfen verhandelt und dabei für die Gültigkeit des letzten Willens ein Argument aus der berüchtigten l. 3. D. de off. praetor. entlehnt worden.

c) §. 6. I. de test. ord. Notariatsordn. a. a. O. §. 7.

d) d. §. 6. I. c. 20. §. 4. D. qui test. fac. Ueber prodigi l. 18. pr. ib.

e) ibid. Glück a. a. O. S. 319.

f) l. 9. 12. C. de testam. Koch Pr. de conspectu testatoris ad l. 9. C. de testam. Giess. 1775. Der entgegengeſetzten Meinung iſt Schott D. de caeco, idoneo in testamenti factione teste. Lips. 1773. Lehr in Hagemann u. Günther Archiv V. 10. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IV. 4. S. 58. ff., vgl. Glück §. 1413. S. 295. §. 1413. a. S. 318. Streitig iſt namentlich,

ob Taube auch bei mündlichen Teſtamenten und Blinde bei ſchriftlichen Zeugen ſeyn können; vgl. über letztern Punct Quiſtorp rechtl. Bem. II. 49. Marezoll a. a. O.

f) Im Allgemeinen iſt testamenti factio passiva ein weſentliches, wiewohl nicht das einzige Erforderniß, welches nach Vorſchrift des poſit. Rechts vorhanden ſeyn muß, um als Zeuge bei Errichtung eines letzten Willens fungiren zu können, §. 6. I. de test. ord. Not. Ordn. tit. von Teſt. §. 6., welche übrigens auch test. fact. activa zu erfordern und hiebei vornehmlich §. 6. I. h. vor Augen gehabt zu haben ſcheint; vgl. Glück §. 1413. a. S. 313.

g) l. 20. §. 6. D. Qui test. fac. poss.

h) d. §. 6. I. de test. ord.; vgl. Glück a. a. O. S. 318.

i) l. 3. D. de testib. Glück XXXIII. §. 1404. S. 350. XXXIV. §. 1413. a. S. 321. Kind II. 55. S. 259.

k) §. 9. I. de testam. ordinand.

l) d. §. 9. Inst. Berger Oec. L. II. Tit. IV. th. 3. Glück §. 1413. a. S. 365. ff.

m) §. 10. I. eod. l. 20. pr. D. Qui test. fac. poss. Not. Ordn. tit. von Teſt. §. 6. Es iſt dabei zwiſchen dem heres primus oder substitutus, dem einzigen Erben oder einem bloßen Miterben, kein Unterſchied. Röster decis. I. 25. Harppprecht de testimonio testam. heredi interdicto. Tubing. 1688. in Vol. I. diss. n. 43. Glück §. 1413. a. S. 343. Fritze in Grolmann u. Löhr Magazin IV. n. 17. Ob der in re certa eingeſetzte Erbe, der in gewiſſer Hinſicht als Legatar gilt, Zeuge ſeyn könne, iſt beſtritten; allein ohne Zweifel zu verneinen; vgl. Glück S. 360. Wenn übrigens in dem §. vom Vater und Sohn des Erben die Rede iſt, ſo wird das Beſtehen der väterlichen Gewalt vorausgeſetzt; daher denn auch nicht bloß der Sohn, ſondern auch der Enkel ausgeſchloſſen ſeyn kann. Daß der Ehemann bei dem Teſtament der Ehefrau als Zeuge concurriren könne, iſt nirgends verboten, vorausgeſetzt, daß er in dem Teſtament nicht als Erbe vorkommt. Die bloße Gegenwart des Erben bei der Errichtung des Teſtaments thut deſſen Gültigkeit keinen Abbruch; nur als Zeuge darf er nicht dabei ſeyn. Hommel Obs. 570.

n) d. §. 10. I. de test. ord. l. 9. D. de testib. Berger a. a. O. Claproth a. a. O. §. 23.

o) d. §. 10. I.

p) §. 11. I. eod. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 3. n. 1. Harpprecht de testimonio testamentar. fideicommissarii. Tub. 1688. und ej. diss. de testim. test. legator. permisso. ib. eod. in Vol. I. diss. n. 40. 41. Glück §. 1413. a. S. 348. S. 362. Der Unterſchied, welchen einige hier zwiſchen ſchriftlichen und münd-

lichen Teſtamenten machen wollen, iſt grundlos; Overbeck Med. IV. n. 263. Glück S. 354.

q) §. 8. I. eod.

§. 663.

II. Die Zeugen müſſen ausdrücklich zur Errichtung eines Teſtaments berufen worden ſeyn [a]), oder, wenn ſie gelegentlich ſchon da ſind, doch von der vorhabenden Handlung beſonders vorher benachrichtigt werden [b]). III. Sie müſſen ſich ſämmtlich zu einerlei Zeit und an einerlei Orte beiſammen befinden, ſo daß ſie alle den Teſtirer ſehen und hören können [c]).

a) l. 21. C. de testam. Die Zuſammenberufung der Zeugen kann auch ſelbſt durch den Erben gültiger Weiſe geſchehen. Hommel Obs. 570.; daß die Zuſammenberufung mit Willen des Teſtirers geſchehe, wie Manche annehmen, vgl. Rösler decis. I. 3., ſcheint nicht nothwendig, wenn nur der Teſtirer den zuſammengekommenen Zeugen die Abſicht zu teſtiren erklärt, J. W. III. 66. Auch kann, wenn während des actus testandi einem der berufenen Zeugen etwas zuſtößt, was ihn weiter Theil zu nehmen hinderte, an ſeine Stelle ein anderer berufen werden, l. 28. C. de test. Uebrigens iſt die rogatio testium nicht etwas den bei dem Teſtament vorkommenden Zeugen Eigenthümliches, ſondern auch bei andern Geſchäften, zu deren Form das Beiſeyn von Zeugen gehört, erforderlich; N. 90. cap. 2. Glück XXXIV. §. 1414. not. 96. XXXV. §. 1417. S. 28. Endlich ſollen die Zeugen freiwillig, nicht gezwungen, dem actus testandi beiwohnen. Glück XXXIV. §. 1413.

b) l. 21. §. 2. D. Qui test. fac. poss. Notariatsordnung, Tit. von Teſtamenten, §. 3. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 3. Eiſenhart Rechtsſ. I. 24.

c) l. 9. l. 21. C. de testam. Hofacker a. a. O. §. 1262.; vgl. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IV. 4. §. 1. n. 3. Glück §. 1413. S. 291. ff.; vgl. §. 662. not. f. Daß die Zeugen den Teſtirer perſönlich kennen müſſen, wird zwar behauptet von Glück XXXIV. §. 1413. S. 304., ſcheint aber gleichwohl, wenn nur ſonſt der Identitätspunct feſtſtehet, nicht erforderlich; vgl. Marezoll a. a. O. S. 65. u. in Linde's Zeitſchr. V. 27. n. 1. Ueber das ſogen. test. cortinatum s. velatum, Glück a. a. O. S. 307. Was die Einheit der Zeit betrifft, vgl. Marezoll a. a. O. §. 3. Was die daſelbſt beſonders hervorgehobene Einheit des Tages anlangt, zu Folge deren alſo der actus testandi nicht etwa Mitternachts halb 12 Uhr angefangen und halb 1 Uhr beendet werden könnte, ſo ſcheinen die Worte der l. 21. C. de test. und der No=

tariatsordn. tit. von Teſt. §. 7. allerdings etwas derartiges auszuſprechen; allein es iſt möglich, daß Ausdrücke, wie uno eodemque die et tempore, deſſelben Tages und zu derſelben Zeit, nur in verſtärkter Maaße die Nothwendigkeit der Continuität des Acts bezeichnen. So viel iſt gewiß, daß jene Beſtimmungen zeither in praxi nicht beachtet worden ſind, und daß im äußerſten Fall auch hier die von Marezoll ſelbſt angezogene l. 183. D. de R. J. vermittelnd eintreten würde; vgl. über dieſen Punct Selle Jahrb. III. 1. n. 3.

§. 664.

B) Daß die Handlung ununterbrochen und ohne Dazwiſchenkunft eines andern rechtlichen Geſchäfts unternommen werde [a]). Wenn alſo der Teſtator bei oder während der Teſtamentserrichtung einen Contract oder Vergleich abſchließt, ſo bleibt dieſer zwar bei Kräften, das Teſtament aber wird ungültig [b]). Hingegen ſind 1) bloße Traktaten, wobei der Vertrag nicht wirklich abgeſchloſſen worden [c]), oder 2) die im Teſtamente erfolgte Beſtätigung eines ſchon vorher abgeſchloſſenen Vertrags, oder 3) eine bloß einſeitige Erklärung des Teſtirers, wodurch ein Kauf, eine Verpfändung ꝛc. dem Teſtamente eingerückt worden, der Gültigkeit deſſelben unnachtheilig [d]); nur darf letztern Falls der andere Theil, welchen ſolches angeht, nicht ſelbſt gegenwärtig ſeyn, und ſich darüber erklären, widrigenfalls ein wirklicher Vertrag vorhanden ſeyn würde; wohl aber kann dieſe Erklärung unmittelbar nach vollzogenem Teſtamente, unbeſchadet deſſen Gültigkeit, oder auch erſt nach des Teſtirers Tode, wenn dieſer nicht inmittelſt ſeine Meinung geändert hat, geſchehen [e]).

a) §. 3. I. de test. ord. l. 21. §. 1. D. Qui test. fac. poss. Glück XXXIV. §. 1414. XXXV. 1417. b. S. 26. Marezoll a. a. O. §. 3. 4. sq. Ueber den terminus a quo und ad quem, während welcher unitas vorhanden ſeyn muß, vgl. Glück XXXIV. S. 383. Marezoll §. 6. Die Anſicht des Letztern weicht von der gewöhnlichen inſofern ab, als nach derſelben die rogatio testium nicht zu dem actus testandi gehört. Demnach würde der Anfangspunct ſeyn bei ſchriftlichen Teſtamenten die Vorlegung des Teſtaments, bei mündlichen der Augenblick, mit welchem die nuncupatio beginnt. Der Schlußpunct iſt bei dieſen das Ende der nuncupatio, bei jenen der Augenblick, mit welchem der letzte Zeuge unterſchrieben

und unterſiegelt hat; nur bei Teſtamenten, die vor einem Notar errichtet worden ſind, erſtreckt ſich nach der Notariatsordn. §. 5. der actus testandi bis zu erfolgter Vorleſung des Protokolls. Daß für die wirklich Statt gefundene unitas actus die Präſumtion ſtreite, behauptet, freilich ohne Nachweiſung ſpeciellen Grundes, Hofacker I. §. 1261. not. a., ſ. unten §. 669. not. c. Unterbrechungen, welche durch natürliche Bedürfniſſe verurſacht werden, ſchaden nichts, l. 28. C. de testam. Notariatsordn. Tit. v. Teſtamenten, §. 7. Marezoll a. a. O. S. 89. ff.

b) Berger Oec. L. II. T. IV. th. 3. Overbeck X. med. 523.

c) Berger ebendaſ. An der Richtigkeit dieſer Anſicht iſt aber, wenn man den Inhalt der angef. l. 28. C. vergleicht, gar ſehr zu zweifeln. Denn nach dieſem Geſetz kann es gar nicht darauf ankommen, ob das ſtörende Ereigniß ein ſolches ſey, welches rechtliche Wirkungen hervorbringt oder nicht.

d) l. 26. D. de pignerat. act.

e) Berger a. a. O. Es fragt ſich, ob, was hier über unitas actus geſagt worden iſt, auch auf test. publica des heutigen Rechts anzuwenden ſey? Dürfte man annehmen, daß Einheit der Handlung auch nach heutigem Recht Erforderniß für jeden actus solennis ſey, ſo müßte dieſe Frage allerdings bejahet werden. Eben ſo, wenn man annimmt, daß bei dem test. publ. nichts als solennitas testium erlaſſen worden ſey; vgl. Roßhirt Zeitſchrift II. 4. S. 43.

§. 665.

Außer dieſen bei allen außergerichtlichen, ſchriftlichen ſowohl als mündlichen Teſtamenten zu beobachtenden Feierlichkeiten wird nun noch B) insbeſondere I. in Anſehung ſchriftlicher Teſtamente erfordert, 1) daß der Teſtirer das ſchon vorher entweder von ihm ſelbſt oder durch eine andere Perſon [a]) niedergeſchriebene Teſtament in Gegenwart der Zeugen unter der Erklärung, daß ſolches ſein letzter Wille ſey, mit ſeinem Vor- und Zunamen unterſchreibe [b]); nur alsdann bedarf es ſeiner Namensunterſchrift nicht, oder wenigſtens iſt ſie nicht ſchlechterdings nothwendig, wenn der Teſtirer das Teſtament ſelbſt eigenhändig niedergeſchrieben und ſolches darin bemerkt hat [c]). Kann der Teſtirer nicht ſchreiben, ſo iſt es nothwendig, daß ein achter Zeuge dazu gezogen wird, welcher in Gegenwart der übrigen Zeugen deſſen Namen unterſchreibt, und ſolches bemerkt [d]);

2) daß auch die ſämmtlichen Zeugen ihren ganzen Namen eigenhändig unterſchreiben [e]) und unterſiegeln [f]), wobei auch einer oder der andere Zeuge in Ermangelung ſeines Petſchafts ſich des Petſchafts eines andern Zeugen, ſelbſt eines vom Teſtator geliehenen, bedienen darf [g]), aber ſolches bemerken muß; ja es können ſogar die ſämmtlichen Zeugen mit einem Petſchaft ſiegeln [h]).

a) Daher die Eintheilung in testamenta holographa et allographa, die natürlich auch auf Codicille paßt. Ch. Wildvogel de test. holographo. Frc. 1702. G. J. Behr. de test. holographis. Arg. 1729. Gemeinrechtlich iſt auch zu der Gültigkeit eines ſolchen Teſtaments das Daſeyn der vorgeſchriebenen Förmlichkeiten erforderlich; vgl. jedoch den Rechtsfall bei Canngiesser. dec. Hasso-Cass. n. 328. Auch in Sachſen haben dergleichen Teſtamente vor Andern keine beſondere Auszeichnung; vgl. jedoch §. 676. n. 1. Bei test. allographis ſollte nach Juſtinians Verordnung l. 29. C. de testam. entweder der Teſtator ſelbſt oder einer der Teſtamentszeugen den Namen des Erben einſchreiben. Durch Nov. 119. c. 9. ward ſolches aber wieder aufgehoben, und des Teſtators Willkühr überlaſſen. Stryck de caut. t. c. 15. §. 3. Pufendorf T. III. Obs. 5. Glück §. 1415. Außerdem iſt, was den ſchriftlichen Aufſatz betrifft, zu bemerken: 1) das Material, auf welches geſchrieben wird, iſt Papier; Pergament, welches die N. D. tit. I. §. 19. erwähnt, iſt h. z. T. weder nothwendig, noch üblich; Berger. Oec. II. 4. 4. unten. Ueber das, was bei den Römern gebräuchlich war, vgl. Glück XXXIV. §. 1415. S. 386. ff. Was das Material, womit geſchrieben wird, anlangt, ſo exiſtirt darüber keine beſtimmte Vorſchrift. Niemand wird leicht in der Lage ſich befinden, ſtatt Tinte und Feder des Bleiſtifts ſich zu bedienen; wenn aber ein Teſtirer thöricht genug ſeyn ſollte, dieſem vor jenen den Vorzug zu geben, ſo macht dieſer Umſtand allein das Teſtament nicht ungültig. Wenigſtens wäre dies dem Sinne des römiſchen Rechts angemeſſen, da nach demſelben das Material der Schrift gleichgültig iſt, §. 12. I. de test. ord. l. 4. D. de bon. poss. c. tab., und dahin auch ſolches gehört, auf welchem die Schrift eben ſo leicht auszulöſchen iſt, als eine Bleiſtiftſchrift. 2) Die Schrift muß leſerlich ſeyn. Notae u. sigla, wenn ſie ſonſt allgemein verſtändlich ſind, ſchaden nichts; nur ſollen bei dem test. parentum inter liberos Zahlen nicht durch Ziffern ausgedrückt werden; vgl. §. 743. Glück §. 1415. S. 400. J. H. Böhmer. de scriptur. non legibilibus. Hal. 1700. (in Exerc. ad Pandect. IV. 68.) c. 3. Indeſſen macht Unleſerlichkeit einzelner Stellen an und für ſich nicht das ganze Teſtament ungültig, l. 73. §. 7. D.

de R. J. Daſſelbe gilt von einzelnen Durchſtreichungen, l. 12. C. de test. 3) Die Sprache iſt ebenfalls gleichgültig. arg. l. 4. §. 6. C. de test. Glück §. 1415. S. 396.

b) §. 3. I. de test. ord. Notariatsordn. Tit. v. Teſtam. §. 7. Glück §. 1415. 1415 a. S. 413. §. 1415 b. S. 466. Der als diſſentirend angeführte Leyser. Sp. 355. m. 5. iſt dies, wie aus m. 2. erhellt, eigentlich nicht; vgl. übrigens Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1427. S. 129. Bei gerichtlichen Teſtamenten iſt Unterſchrift vor Gericht nicht nöthig. Die Unterſiegelung des Teſtirers wird in den Geſetzen ſo wenig, als die auf jeder Seite des Teſtaments zu bewerkſtelligende Namensunterſchrift erfordert, obwohl Beides gewöhnlich zu geſchehen pflegt. Glück §. 1415. S. 416.

c) l. 28. §. 1. C. de testam. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 4. Stryck a. a. O. cap. 15. §. 5. Löhr im Arch. f. civ. Pr. II. 14. n. 5. Dies iſt auch durch die angef. Stelle der Notariatsordn. nicht aufgehoben; vgl. Glück §. 1415 a. S. 414. Die Unterſchrift muß wenigſtens am Ende des Teſtaments erfolgen. Ob ſie auch auf dem Umſchlage des Teſtaments erfolgen könne, iſt die Frage, welche von Hübner. diss. jur. civ. cap. 4. nur inſofern bejahet wird, als auf dieſem Umſchlage auch die Unterſchrift der Zeugen ſich findet, weil außerdem der Umſchlag nicht als zu dem Teſtament gehörig angeſehen werde. Dies ſetzt aber voraus, daß als ausgemacht anzunehmen ſey, es könne die Unterſchrift der Zeugen auf dem involucro erfolgen; vgl. §. 666. not. a. Marezoll in Grolman u. Löhr Magaz. IV. 11. §. 2.

d) l. 28. §. 1. D. qui test. fac. l. 21. C. de test. Notariatsordn. a. a. O. Eine Unterſchrift mit geführter Hand würde alſo nicht ausreichen, wie ehedem die Jur.-Fac. zu Leipzig annahm; vgl. Winkler. et Haubold. ad Berger. Oec. II. 4. 4. not. 2. add. Z. Huber. obs. enucl. c. 4. §. 4—6. Hommel. obs. 877. Kind. I. qu. 49. Glück §. 1415 a. S. 418. Hagemann u. Günther Arch. II. 4. Eiſenhart Rechtsf. III. 19. Ob der subscriptor als achter Zeuge, oder als mandatarius des Teſtirers, oder in welcher andern Qualität concurrire, iſt ſtreitig. Davon hängt aber die Beantwortung der Frage ab, welchen Namen, den eignen oder den des Teſtirers, der subscriptor zu zeichnen habe. Die Notariatsordn. Tit. von Teſt. §. 7. nennt denſelben allerdings einen achten Zeugen, während dieſe Bezeichnung in der l. 21. C. de test. nicht vorkommt; vgl. Berger Oec. II. 4. 4. Geſterding Ausbeute I. 13. n. 4. Glück §. 1415 a. S. 404. ff. Sell Verſuche im Gebiete des Civ.-R. I. n. 6. B. Die angeführten Geſetze unterſcheiden übrigens nicht zwiſchen einem des Schreibens nicht kundigen, und Einem, der aus andern Grün-

den nicht ſchreiben kann (vgl. was letztern Fall betrifft, Bülow u. Hagemann Erört. V. 32.), die Notariatsordnung ſpricht ſogar von dem, der nicht unterſchreiben möchte; vgl. Sell a. a. O. litt. A.

e) §. 3. I. de test. ord. l. 30. D. Qui test. fac. poss. Daß die Zeugen zugleich auch bemerken ſollten, weſſen Teſtament ſie unterſchreiben, iſt nicht nothwendig, obgleich in der gedachten l. 30. D. ſolches angerathen wird, ſ. Berger a. a. O. Die Zeugen müſſen übrigens einzeln, nicht einer für den andern, und zwar ihren vollſtändigen Vor= und Zunamen unterſchreiben. Demnach iſt es für die Zeugen, welche bei einem ſchriftlichen Teſtament zugezogen werden ſollen, Erforderniß, daß ſie Schreibkundige ſeyen. Glück §. 1415 b. S. 421. Mehr als dieſer Unterſchrift bedarf es nicht; vgl. §. 663. not. b. Glück a. a. O. S. 420. 448. Daß die Zeugen als erbetene Zeugen unterſchreiben, iſt nicht nöthig; vgl. Eiſenhart III. 19. Glück XXXIV. §. 1413. S. 289.

f) §. 4. I. de test. ord. l. 22. §. 4. l. 30. D. Qui test. fac. poss., vgl. Glück §. 1415 b. S. 424. ff. Unterſchrift und Unterſiegelung der Zeugen erfolgt nach der von dem Teſtirer beſchehenen Unterſchrift und der von letzterm beſchehenen Vorlegung des vollzogenen Teſtaments, Hübner l. l. S. 63. Glück §. 1415 b. S. 466. 467., wobei es denn gleichgültig iſt, ob von Seiten der Zeugen Unterſchrift oder Unterſiegelung eher erfolgt; Glück a. a. O. S. 464. Dagegen muß die Unterſchrift und Unterſiegelung der Zeugen in Gegenwart des Teſtirers erfolgen; vgl. Glück §. 1413. S. 292. §. 1419 b. Ueber die Stelle, an welcher Unterſchrift und Siegel erfolgt, vgl. §. 666. not. a.

g) l. 22. §. 2. D. eod. Notariatsordn. a. a. O. §. 10.

h) §. 5. I. de test. ord. Winkler ad Berger. l. c.; vgl. Sell a. a. O. litt. C. Glück a. a. O. S. 429.

§. 666.

Wir bemerken noch: 1) die Vorleſung eines ſchriftlichen Teſtaments iſt in der Regel nicht nothwendig [a]); doch leiſtet ſie in ſoweit guten Nutzen, daß auf den Fall eines bei der Unterſchrift der Zeugen vorgefallenen Fehlers daſſelbe, als ein mündliches Teſtament, bei Kräften bleibt [b]); 2) wenn jedoch der Teſtirer weder ſchreiben, noch auch Geſchriebenes leſen kann, ſo iſt nicht nur die Zuziehung des achten Zeugen, welcher deſſen Namen unterſchreibt [c]), ſondern auch die Vorleſung des Teſtaments nothwendig [d]); 3) die Bemerkung des Jahrs und Tages iſt zwar um des=

willen höchſt rathſam, damit man auf den Fall, wenn mehrere Teſtamente zum Vorſchein kommen ſollten, ſogleich wiſſen könne, welches das letzte ſey; doch iſt wegen deſſen Unterlaſſung das Teſtament keineswegen für ungültig zu achten [e]). 4) Wenn bei der Errichtung eines ſchriftlichen Teſtaments ein Notarius zugezogen wird, um den ganzen Vorgang zu protocolliren, und darüber ein Inſtrument abzufaſſen, ſo iſt es hinreichend, wenn außer demſelben nur noch ſechs Zeugen vorhanden ſind, indem er ſelbſt als der ſiebente Zeuge betrachtet wird [f]).

a) l. 21. C. de testam. Notariatsordnung a. a. O. §. 7. Auch ſteht es daher dem Teſtirer frei, ein ſchon verſiegeltes Teſtament vorzuzeigen, welchenfalls ſowohl er ſelbſt, als die Zeugen ihre Namen auf den Umſchlag ſchreiben und unterſiegeln, l. 22. §. 7. D. Qui test. fac. poss. d. l. 21. pr. C. de testam., auch erſterer zugleich mit auf dem Umſchlage, daß dieſes ſein letzter Wille ſey, mit anmerken muß. G. L. Böhmer D. de testamento signato et subscripto in involucro, §. 2. in El. jur. civ. T. I. Hübner disp. c. 4.; vgl. über dieſe Streitfrage Glück XXXIV. §. 1415 b. S. 415. In neuerer Zeit iſt behauptet worden, daß nach röm. Recht außer der subscriptio des Teſtaments noch eine superscriptio auf der Rückſeite des verſiegelten Teſtaments erforderlich ſey; vgl. darüber Spangenberg im Arch. f. civ. Pr. V. 5. u. dagegen v. Löhr ebendaſ. VI. 16. Glück a. a. O. S. 438. ff.

b) Arg. l. 3. D. de testam. milit. Claproth a. a. O. §. 25. Glück XXXV. §. 1418. XXXIII. §. 1401. S. 331.

c) l. 21. C. de testam., v. Langenn u. Kori II. 26.; vgl. §. 665. not. d.

d) Arg. l. 8. C. Qui test. fac. poss. J. H. Böhmer D. de testam. non praelecto, §. 10. sq. in Ej. Exercitt. ad Pand. T. IV. p. 903. Kind Quaest. for. T. I. cap. 91. I. 46. ed. 2. Berger Oec. II. 4. 4. not. 2. u. dazu Winkler und Haubold. Overbeck Med. VIII. 421.; vgl. auch oben §. 649. 654. not. a. Glück XXXIV. §. 1406 d. Hingegen bedarf es der Vorleſung nicht, wenn der Teſtirer zwar nicht ſchreiben, jedoch aber Geſchriebenes leſen kann, welchenfalls bloß die Zuziehung des achten Zeugen zur Unterſchrift nothwendig iſt (§. 665.). Berger Oec. L. II. T. IV. th. 4. n. 2. Dieſe Förmlichkeiten ſcheinen übrigens nicht bloß bei einem eigentlichen Teſtament, ſondern auch bei einem Codicill nöthig; wenigſtens würde dies nach gem. Recht bei der Dispoſition eines Blinden der Fall ſeyn. l. 8. C. qui test. fac. poss. N. D. l. 1. §. 11. Glück §. 1406 d. S. 38.

e) Struck caut. test. c. 15. §. 42. Glück XXXIV. §. 1416. Anders verhält es ſich mit dem test. parentum inter liberos. ſ. unten §. 743.

f) Notariatsordn. Tit. von Teſtamenten, §. 2., welche übrigens allgemein, nicht bloß von ſchriftlichen Teſtamenten ſpricht. Vgl. l. 27. D. qui test. fac. p. (quaestio Domitiana. A. F. Schott. de qu. Domit. L. 1771.) Berger Oec. L. II. T. IV. th. 3. in fin. Hübner. disp. jur. civ. c. 5.

§. 667.

II. Wenn der Erblaſſer ſeinen letzten Willen den zu dem Ende erbetenen *) Zeugen mündlich eröffnet, ſo geſchieht ſolches in der Abſicht, daß dieſelben, wenn ſie künftig darüber eidlich abgehört werden ſollten, ſowohl die Beobachtung der äußern Feierlichkeiten, als deſſen Inhalt bekräftigen können a). Dadurch alſo, daß der Teſtirer ſeinen letzten Willen mündlich ausſpricht, mithin die Zeugen deſſen ganzen Inhalt erfahren b), unterſcheidet ſich daſſelbe vom ſchriftlichen Teſtamente, deſſen Inhalt den Zeugen auch unbekannt bleiben kann. Daß die bei der Errichtung eines mündlichen Teſtaments zugezogenen Zeugen der Sprache, in welcher der Teſtirer ſpricht, kundig ſeyn müſſen, verſteht ſich von ſelbſt c).

*) vgl. Glück XXXV. §. 1417 b. S. 28.

a) §. ult. I. de test. ord. l. 21. §. 2. l. 26. 29. C. de testam. Claproth a. a. O. §. 27.; vgl. Glück XXXIII. §. 1401. XXXV. §. 1417. Daß es hinreiche, wenn der Teſtirer ſeinen letzten Willen auch durch einen Andern ausſprechen laſſen und dieſen unmittelbar darauf genehmiget hat, ſ. Carpzov p. 3. c. 3. def. 27. C. P. Richter dec. 30. n. 5. dec. 34. n. 11. Dann wird vorausgeſetzt, daß der unitas contextus kein Eintrag geſchehe und die Erforderniſſe der C. 5. p. III. nicht fehlen.

b) Ein mündliches Teſtament, wobei der Teſtirer den Erben nicht namhaft macht, ſondern ſich deshalb auf einen in ſeinem Beſchluſſe oder bei einem Dritten befindlichen ſchriftlichen Aufſatz bezieht (test. mysticum s. implicitum) iſt nicht zu Recht beſtändig, arg. l. 20. pr. D. Qui test. fac. poss. l. 26. l. 29. C. de testam. Notariatsordn. a. a. O. §. 8. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 4. n. 6. u. dazu Haubold not. k. Wernher lectiss. comm. ad Pand. XXXVIII. 1. §. 34. Overbeck V. not. 309. Glück XXXV. §. 1417 a. A. M. ſind Schilter Ep. XXXVIII. §. 43. Baſtineller in den §. 674. not. f. angef. diss. §. 15. sq.

Müller. ad Leyser. obs. 351. Leyser. ſelbſt ſpricht sp. 351. m. 9. nicht gerade von dem test. nuncup. Schweppe §. 791. not. 1. §. 816. u. a. bei Glück not. 18. angef. Boley Betracht. über verſchiedene Rechtsmaterien. Stuttg. 1800. n. 11. S. 766. Die zu Unterſtützung der hier aufgeſtellten Meinung angeführten römiſchen Geſetze dürften ſich wohl beſeitigen laſſen; nicht ſo leicht aber die angezogene Stelle der N. O.; vgl. über dieſelbe Baſtineller §. 21. So viel bleibt jedoch gewiß, daß die relatio ad schedulam von Seiten des Teſtirers eigentlich nur bei dem testamentum nuncupativum Bedürfniß ſeyn kann, während ſie bei dem testamentum scriptum als eine bloße Grille oder als ein Merkmal eines noch ſchwankenden Willens erſcheint.

c) Stryck a. a. O. c. 15. §. 43. Glück a. a. O. §. 1417 b. S. 27. Hübner disp. V. 6. Bei ſchriftlichen Teſtamenten iſt dies nicht nöthig; vgl. Glück §. 1413. S. 302. J. W. III. 66.

§. 668.

Damit es auf den Fall, wenn die Zeugen ſterben, oder die Diſpoſition des Teſtirers vergeſſen möchten, nicht an Beweis fehle, wird gewöhnlich noch ein Notarius zugezogen, welcher die mündliche Verordnung des Teſtirers nebſt den dabei beobachteten geſetzlichen Feierlichkeiten protocollirt [a]), und hernach dem Teſtirer in Gegenwart der Zeugen wiederum vorlieſt, auch dieſe Vorleſung im Protocolle bemerkt, und ſodann ein ordentliches Inſtrument darüber abfaßt. Iſt die Vorleſung unterblieben, ſo hat das Inſtrument keine Beweiskraft [b]), obwohl das testamentum nuncupativum ſelbſt, ſoweit deſſen Inhalt durch die Zeugen erwieſen werden kann, bei Kräften bleibt [c]). Die Unterſchrift zweier Inſtrumentszeugen, wozu der Notarius zwei der gegenwärtigen Teſtamentszeugen beſonders requiriren kann, iſt, wie bei andern Notariatsinſtrumenten, auch hier erforderlich, da hingegen die Unterſchrift der übrigen Teſtamentszeugen ſo wenig, als die des Teſtirers ſelbſt, von einiger Nothwendigkeit iſt [d]).

a) l. 8. C. Qui test. fac. poss. Nettelbladt D. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. Hal. 1753. Schaumburg. singularia test. nuncup. capita. Jen. 1757. Glück XXXIV. §. 1401. S. 331. XXXIV. §. 1417. S. 6.

b) Notariatsordn. Tit. von Teſtamenten, §. 5. Rösler dec. I. 7. Glück XXXIV. §. 1401. S. 333. XXXV. §. 1417. S. 6.

In einem Fall, in welchem der Notar vor Beginn des eigentlichen actus testandi den Willen des Teſtirers niedergeſchrieben hatte, um dieſe Schrift nachher in Gegenwart der Zeugen vorzuleſen; der Teſtirer aber vor der Vorleſung mit Tode abgegangen war, erklärte der ehemalige Schöppenſtuhl zu Leipzig, daß kein gültiges Teſtament vorliege; a. M. war man in den höhern Inſtanzen; doch erforderte man hier den Beweis des Umſtandes, daß die Schrift wirklich den letzten Willen des Teſtirers enthalte; vgl. J. W. III. 43.

c) Berger Oec. L. II. T. IV. th. 4. n. 3. Stryck caut. c. 15. §. 44. Wernher P. X. Obs. 318.; vgl. Canngiesser decis. Hass.-Cass. n. 197.

d) Stryck a. a. O. §. 45. 46. Struben Th. V. Bed. 22. — Außerdem werden als Fälle eines test. nuncupativi in scripturam redacti angeführt: 1) wenn ein ſchriftlicher Aufſatz den Zeugen oder den Gerichtsperſonen vorgeleſen wird, wie das nach gem. Recht bei dem test. eines Blinden ſogar nothwendig iſt. Abgeſehen von dieſem Fall liegt hier aber bloß ein mündliches Teſtament vor, da es in der That nichts ändern kann, ob der Teſtirer ſeinen letzten Willen aus dem Kopfe herſagt, oder von einem Aufſatze ablieſt oder ableſen läßt. Glück XXXIII. §. 1401. S. 332. ff. XXXIV. §. 1406d. S. 31. Sind jedoch hiebei alle Formalitäten beobachtet, welche ſowohl für ſchriftliche als für mündliche letztwillige Dispoſitionen beſtimmt ſind, ſo iſt ein test. mixtum, eine Verfügung, welche als ſchriftliche und als mündliche beſteht, vorhanden; vgl. Hübner disp. test. c. 6. Ob der Aufſatz, wenn er nicht die Erforderniſſe eines ſchriftlichen Teſtaments hat, und zwar dem Teſtirer, nicht aber von dieſem ſelbſt vorgeleſen worden iſt, als mündliches Teſtament beſtehe, ſobald nur der Teſtirer auch die erfolgte Vorleſung beſtätiget hat? kann allerdings beſtritten und muß von denen, welche die Rechtsbeſtändigkeit eines test. nuncupativum mysticum bezweifeln, ſchlechthin geleugnet werden. In der That ſcheint ein ſolcher letzter Wille ein abgefragter zu ſeyn; vgl. §. 652. not. a. §. 667. not. a. Nur wenn ſonſt hinlänglich feſtgeſtellt iſt, daß der vorgeleſene Aufſatz von dem Teſtirer ſelbſt oder mit deſſen Wiſſen und Willen von einem Dritten geſchrieben oder unterſchrieben worden iſt, ſcheint es gleichgültig, ob die Vorleſung von dem Teſtirer ſelbſt, oder mit deſſen Willen von einem Andern geſchehen ſey. 2) Wenn die beim test. nuncupativum zugezogenen Zeugen in perpetuam rei memoriam abgehört werden. Hofacker II. §. 1270. Haubold. ad Berg. II. 4. 3. not. x. Glück XXXIII. §. 1401. S. 332. XXXV. §. 1417. S. 7. Dies kann bei Lebzeiten des Teſtirers nicht anders als mit deſſen Bewilligung geſchehen; nachher aber, wenigſtens ſo lange nicht förmlicher Rechtsſtreit vorliegt, auch auf einſeitiges Anſuchen der Intereſſenten ſummariſch und ohne Eid erfolgen; vgl. Carpzov. p. III. c. 3. def. 38., der jedoch, was die Beei-

digung betrifft, a. M. iſt; def. 36. u. 38. Berger Oec. II. 4. 3. not. 5.; vgl. l. 10. §. 2. D. testam. quemad. ap. Wenn übrigens das ſchriftliche Teſtament oder die über Errichtung eines mündlichen Teſtaments aufgenommene Urkunde nicht vorhanden iſt, ſo iſt der Beweis des letzten Willens durch die dabei zugezogenen Zeugen herzuſtellen; obſchon über den Inhalt des letzten Willens in der Regel nur die bei einem mündlich errichteten letzten Willen zugezogenen Zeugen Auskunft zu ertheilen im Stande ſeyn werden. Auch nur bei einem ſolchen letzten Willen tritt die Nothwendigkeit einer Vernehmung ein, während bei einem ſchriftlichen letzten Willen das Zeugniß ſchon in der Unterſchrift und Unterſiegelung ausgeſprochen iſt, ſo daß es dabei höchſtens noch einer Recognition der Unterſchriften und Siegel bedarf; vgl. §. 821. Daß alle bei dem Teſtament zugegen geweſene Zeugen ausſagen oder recognoſciren, iſt nicht nöthig, obſchon, was mündliche Dispoſitionen anlangt, a. M. iſt Glück diss. de test. privati solennis probatione per VII testes in eo ordinando adhibitos; in opusc. I. n. 1. u. Pand. VII. §. 563. S. 504. XXXV. §. 1417. S. 8. dagegen Hagemann und Günther Arch. II. 5. Es fragt ſich aber, ob der Beweis des letzten Willens nicht auch auf andere Weiſe, als durch den ſchriftlichen Aufſatz oder die zugezogenen Zeugen geführt werden könne. Die Frage iſt unſtreitig zu bejahen, wenn nichts weiter als das einfache Factum der Errichtung eines letzten Willens zu beweiſen vorliegt, ohne daß dabei die rechtsbeſtändige Errichtung, die auf mehrern factiſchen Umſtänden beruhet, oder der Inhalt der Dispoſition den Gegenſtand des Beweiſes bildet. In dem entgegengeſetzten Fall wird die Frage verneint von Glück a. a. O. Allerdings ſcheint hier der Gebrauch anderweitiger Beweismittel beſchränkt. Urkunden außer dem letzten Willen würden hier in der Regel wenig oder nichts nützen; da ſie gemeiniglich nur als documenta referentia erſcheinen können. Zeugen, die nicht ſelbſt bei dem actus testandi gegenwärtig geweſen ſind, werden nur vom Hörenſagen deponiren können, und Eidesdelation müßte jeden Falls hinlänglich ſpecialiſirt ſeyn, wenn ſie über die rechtsbeſtändige Errichtung eines letzten Willens gebraucht werden ſollte. Die meiſten Rechtslehrer ſprechen nur vom Zeugenbeweis, und nehmen an, daß auch hier zwei Zeugen vollſtändigen Beweis liefern, ſie ſcheinen aber zwei der Teſtamentszeugen vorauszuſetzen. Rösler decis. I. 6. Berger Oec. l. l. Leyſer sp. 354. m. 4. Müller ad L. Obs. 627. Mühlenbruch doctr. pand. §. 654. Allgemeiner ſprechen Quiſtorp Beitr. z. Erläut. verſch. Rechtsmat. n. 16. Schweppe §. 804., vgl. auch Hagemann und Günther a. a. O. Böhmer Rechtsfälle II. 103. Daß übrigens auch die Ausſage ſolcher Zeugen verdächtig werden kann, welche bei Errichtung des Teſtaments concurrirt haben, wie

in dem Fall, wenn ſie das Daſeyn und die Gültigkeit eines letzten Willens beſtätigen ſollen, in dem ihnen etwas ausgeſetzt worden iſt, läßt ſich wohl kaum bezweifeln, obſchon andrer Meinung iſt Harpprecht de testimonio testam. legat. §. 21. Eidesdelation als Beweismittel halten für ausgeſchloſſen Chr. Ferd. Harpprecht de eo, quod justum est c. probat. tabulis test. amiss. Tubing. 1752. §. 10. Schmalz Rechtsſpr. der Hall. Jur. Fac. I. 23. S. 265. Glück VII. §. 563. S. 508. freilich aus Gründen, die am allerwenigſten da Stich halten, wo, wie in Sachſen, Eidesantrag als Beweismittel im größten Umfange geſtattet iſt. Ueber künſtlichen Beweis vgl. Harpprecht l. 1. §. 11. Glück XXXV. §. 1417. S. 12. Sollen übrigens dergleichen Beweismittel gebraucht werden können, ſo iſt dies doch nur in subsidium, wenn der Beweis durch die Schrift oder die Teſtamentszeugen nicht hergeſtellt werden kann, geſtattet, Schweppe a. a. O. Um den Beweis durch den ſchriftlichen letzten Willen zu führen, den man nicht beſitzt, iſt das interd. de tabulis exhibendis (vgl. §. 644 b.) von Nutzen. Iſt der ſchriftliche letzte Wille dolo des Beſitzers verloren gegangen, ſo wird dadurch ein Anſpruch auf Schadenerſatz und wie aus l. 2. 10. D. de in lit. jur. folgt, auch juramentum in litem begründet; vgl. Harpprecht diss. 1. §. 27. Glück VII. c. 563. S. 509. Mehrere andre hieher gehörige, die probatio ultimae voluntatis betreffende Puncte müſſen hier übergangen werden; und iſt darüber die oben angeführte Harpprechtſche diss. zu vergleichen; vgl. auch Pufendorf obs. I. 138. 141. animadv. 90. Die Möglichkeit, den Beweis einer teſtamentariſchen Diſpoſition auch dann zu führen, wenn das Teſtament mangelt, wird übrigens anerkannt l. 10. §. 2. D. test. quemadm. ap. l. l. §. 3. D. de bon. poss. c. tab.

§. 669.

Uebrigens iſt noch I. in Abſicht auf dieſe äußern Solennitäten der Teſtamente überhaupt zu bemerken: 1) daß hiebei auf die Geſetze des Orts, wo das Teſtament errichtet worden, Rückſicht zu nehmen, und, wenn ſolche beobachtet worden, das Teſtament, ſoviel deſſen äußere Form betrifft, auch an allen andern Orten gültig ſey *); da hingegen, wenn von der Gültigkeit eines in der Fremde errichteten Teſtaments, in Abſicht auf die darin enthaltene Diſpoſition ſelbſt, oder das Befugniß des Erblaſſers, entweder überhaupt, oder in Beziehung auf gewiſſe Güter, teſtamentliche Anordnungen zu machen ꝛc. die Rede iſt, ſolches nach den in des Teſtirers Wohnungsorte geltenden

Rechtsgrundſätzen zu beurtheilen iſt [b]). 2) Daß bei der Errichtung eines Teſtaments die erforderlichen Solennitäten nach Vorſchrift der Geſetze beobachtet worden, wird ſo lange vermuthet, bis derjenige, welcher daſſelbe wegen deren vorgeblicher Nichtbeobachtung anficht, ſolches erwieſen hat [c]). Was II. das Verhältniß mehrerer Teſtamente zu einander betrifft, ſo können mehrere Teſtamente 1) deſſelben Teſtirers nicht neben einander beſtehen [d]), obwohl ein ſchriftlich vollzogenes Teſtament in mehrern Exemplaren vorhanden ſeyn kann, welche jedoch in der That nur ein Teſtament über denſelben Nachlaß darſtellen [e]). 2) Die verſchiedenen Teſtamente mehrerer Teſtirer können nicht bloß dem Inhalt nach auf einander ſich beziehen [f]), ſondern auch in Anſehung der äußern Form, inſofern mit einander in Verbindung ſtehen, als ſie gleichzeitig vor derſelben Behörde, oder denſelben Zeugen verhandelt worden ſind [g]).

a) Arg. l. 34. D. de reg. jur. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 4. n. 7. Hommel Obs. 409. reg. 3. Huber prael. jur. civ. ad Pand. L. 28. T. 1. §. 7. J. G. Seger D. de vi legum et decretorum in territorio alieno. Lips. 1777. Pufendorf T. I. Obs. 28. §. 9. Hofacker a. a. O. §. 142. Doch folgt hieraus noch keineswegs die Nothwendigkeit, daß der Teſtirer, welcher an einem fremden Orte ſich aufhält, lediglich an die Geſetze dieſes Orts bei der Errichtung ſeines letzten Willens in Abſicht auf deſſen äußere Form gebunden ſey; vielmehr würde es in ſeiner Willkühr ſtehen, ob er hiebei die Geſetze ſeines dermaligen Aufenthalts, oder die des Landes, welchem er als Unterthan angehört, zur Richtſchnur annehmen wollte, und in beiden Fällen das Teſtament gültig ſeyn, auch, wenn von deſſen rechtlichen Wirkungen in ſeinem Vaterlande die Frage iſt. J. Nic. Hert. de collis. legum (in Opuscc. Vol. I. T. I.) §. 10. P. 182. Vgl. Fr. C. Böſchen D. (praes. Scholl.) de vi legum civilium in subditos temporarios (Lips. 1772.) p. 35. C. Rau de testamentis peregrinantium. L. 1777. Overbeck Med. IV. 204. Schweppe I. §. 20 b. V. §. 780. Mühlenbruch doctr. pand. III. §. 623. Glück XXXV. §. 1419. S. 36.; vgl. auch Handb. I. §. 49 c. 49d.

b) Böſchen a. a. O. §. 30.

c) Struben Th. V. Bed. 22. S. 46. Pufendorf T. II. Obs. 144., vgl. jedoch Weber über Verbindl. zur Beweisführ. IV. 30. Borſt über Beweislaſt §. 69. u. unter den ältern ſchon Harpprecht diss. I. §. 7. J. W. III. 66. Bei ſchriftlich verfaßten

letzten Willen, welche vorliegen, ſcheint indeß die Abweſenheit ſichtbarer Mängel zu bewirken, daß der, welcher deſſen ungeachtet Ungültigkeit des Teſtaments behauptet, die Beweislaſt übernehmen müſſe; vgl. unten §. 974.

d) vgl. §. 729. 730. Auch bei der substitutio pupillaris kommt zwar auch nur ein Teſtament, aber über eine doppelte Erbſchaft vor; vgl. §. 716.

e) §. 12. 13 f. de test. l. 24. D. qui test. fac. Glück XXXIV. §. 1416. S. 475. Von mehreren Exemplaren eines ſchriftlichen Teſtaments braucht natürlich nur eins vollzogen zu ſeyn; obwohl, wenn der Zweck der Sicherſtellung erreicht werden ſoll, die Vollziehung mehrerer oder aller räthlich iſt.

f) Dies ſind die ſogenannten testam. correspectiva, von welchen unten §. 675. die Rede ſeyn wird.

g) Das gleichzeitig kann freilich nicht allemal in dem ſtrengſten Sinn genommen werden. Den Fall ausgenommen, wenn die ſchriftlichen Teſtamente mehrerer Teſtatoren in einem Umſchlag verſchloſſen, dem Gericht oder den Zeugen vorgelegt werden, reicht die unmittelbare Aufeinanderfolge der verſchiedenen Teſtam.-Acte vor derſelben Verſammlung des Gerichts oder der Zeugen hin, um ein ſogen. test. simultaneum, das keinesweges correspectivum zu ſeyn braucht, zu begründen. Ob dergleichen test. simultanea nach Röm. Recht gültiger Weiſe Statt finden konnten, darüber ſind die Meinungen getheilt; vgl. Glück XXXV. §. 1419 a. S. 50. Schweppe §. 824. Mühlenbruch §. 664. Haſſe im rh. Muſ. für Jurisp r. III. 14. n. 2.

Drittes Capitel.

Von der Erbeinſetzung.

§. 670.

Das dritte Erforderniß eines jeden Teſtaments iſt die Erbeinſetzung (§. 647.) oder die Ernennung einer oder mehrerer Perſonen, welche nach des Teſtators Ableben in alle deſſen Rechte und Verbindlichkeiten eintreten ſollen. Die Erbeinſetzung iſt in einem jeden Teſtamente ſo weſentlich nothwendig, daß ein letzter Wille in deren Ermangelung für gar kein Teſtament zu achten iſt [a]).

a) 34. I. de legat. l. 1. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. Deciſ. 46. v. J. 1661. Wohl aber kann ein ſolcher letzter Wille als

Codicill beſtehen, namentlich wenn clausula codicillaris beigefügt worden iſt; vgl. §. 818. u. Kriegel. in der §. 678. not. d. angef. diss. §. 16.

§. 671.

Dafern der Erblaſſer auf den Fall, da der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft nicht antreten kann oder will, eine andere Perſon hiezu ernennt, ſo heißt ſolches eine Nacherbeneinſetzung. Von dieſer handeln wir im folgenden Capitel.

§. 672.

Die zu Erben einzuſetzenden Perſonen ſind entweder nothwendige Erben, d. h. ſolche, welche im Teſtamente nicht übergangen werden dürfen, oder ſolche, deren Einſetzung in der Willkühr des Teſtirers beruht [a]). Dem zufolge handeln wir A) von der Erbeinſetzung überhaupt, B) von der nothwendigen Erbeinſetzung.

a) Der Begriff der Nothwendigkeit wird hier auf den Teſtirer bezogen. Davon das Weitere unten §. 692. Es läßt ſich aber auch derſelbe auf die Perſon des Erben beziehen und bezeichnet dann das Verhältniß, in welchem es nicht geſtattet iſt, die deferirte Erbſchaft auszuſchlagen. Im Gegenſatz eines ſolchen heres necessarius ſind daher heredes voluntarii zu unterſcheiden. In jenem Verhältniß befanden ſich nach röm. Recht 1) die servi proprii des Teſtirers, welche derſelbe als Erben eingeſetzt hatte; §. 1. I. de her. qual. et diss.; vgl. Majans. de servo hered. diss. in Vol. I. diss. S. 472. Hübner disp. test. c. 8. 2) Die sui heredes §. 2. I. ib. l. 57. D. de acqu. rel. om. her. In Anſehung der letztern aber trat eine Modification durch das ſpäter eingeführte beneficium abstinendi ein, ſo daß für suos heredes nur die Eigenthümlichkeit blieb, als Erben auch ohne ausdrücklich erklärten Erbſchaftsantritt zu gelten; vgl. Mühlenbruch doct. pand. §. 693. Schweppe §. 836. ſ. auch unten §. 911. not. b. Auch dieſe Eigenthümlichkeit hat aber in Sachſen mit der Beſtimmung des Erbgeſetzes §. 124. aufgehört.

§. 673.

A. Von der Erbeinſetzung überhaupt.

I. Soviel die zu Erben einzuſetzenden Perſonen betrifft, ſo bemerken wir: 1) daß, ſoweit Jemand etwas eigenthümlich zu erwerben fähig iſt, derſelbe auch erbfähig ſey *); 2) daß die Verordnung der gemeinen Rechte in Ab-

ſicht auf die Erbfähigkeit nach dem heutigen Gerichtsbrauche zum größern Theil keine Anwendung mehr leide*), und nur die Erbeinſetzung ſolcher Geſellſchaften, welche im Staate nicht geduldet werden (nicht aber einzelner Mitglieder derſelben) [b]), für unbeſtändig zu achten ſeyn würde [c]); 3) daß der eingeſetzte Erbe, ſofern von deſſen Erbfähigkeit überhaupt die Frage ſeyn kann, zur Zeit 1. des errichteten Teſtaments, 2. des Todes des Erblaſſers, und 3. des Antritts der Erbſchaft, auch, wenn es eine bedingte Erbeinſetzung iſt, 4. zur Zeit, da die Bedingung in Erfüllung geht, erbfähig ſeyn müſſe [d]).

*) Vgl. Mühlenbruch §. 641. Schweppe §. 780. 788.

a) Daß die Verordnungen des römiſchen Rechts, vermöge deren Ketzer, Nov. 144. c. 1. Juden, l. 1. C. de Jud. et coelicol. (welche übrigens nur von dem Legat, welches ein Nichtjude einer jüdiſchen Gemeinde hinterlaſſen hat, ſpricht) und Perſonen, die von der chriſtlichen Religion abgefallen ſind, Nov. 115. c. 3. §. 14. nicht Erben ſeyn können, heutiges Tages nicht anwendbar ſind, zeigt Claproth a. a. O. §. 14. Eben ſo wenig ſtimmt auch die in l. 5. §. 1. C. ad leg. Jul. majest. enthaltene Verordnung, vermöge deren die Söhne der Hochverräther, und in l. 6. C. de incest. nupt. Nov. 89. c. 15., worin die aus Ehebruch und Blutſchande erzeugten Kinder zur Adquiſition einer Erbſchaft für unfähig erklärt werden, mit dem heutigen Gerichtsbrauche überein, da auf ſolche Weiſe die Kinder für die Verbrechen der Aeltern beſtraft würden. Bülow Abh. I. 8. In Sachſen iſt nach dem Erbgeſetz §. 17. unehelichen Kindern jeder Art das Erbrecht in Beziehung auf die Mutter ausdrücklich eingeräumt. Daß die l. 6. C. de secund. nupt. h. z. T. nicht mehr im Gebrauche ſey, iſt oben (§. 139.) bemerkt worden; und daß von der l. 2. C. de natural. lib., nach welcher ein Vater ſeine natürlichen Kinder, wenn eheliche vorhanden ſind, nur zu einem Zwölftheil einſetzen darf, ein Gleiches zu behaupten ſey, zeigt ausführlich Hommel Obs. 373. u. 615. Nach älterm römiſchen Recht hatte test. factio passiva nur eine zur Zeit des errichteten Teſtaments bereits phyſiſch exiſtirende Perſon. Rau de person. incert. ex test. heredibus. L. 1784. Hübner. c. ad tit. de reb. dub. L. 1802. S. 421. ff. Daher konnten weder posthumi, noch ſogenannte moraliſche Perſonen als Erben eingeſetzt werden. Von dieſen erhielten mit gewiſſen Beſchränkungen zuerſt posthumi, und zwar sui, d. h. diejenigen, welche zur Zeit des Ablebens des Teſtirers die Rechte eines suus heres erlangt haben würden, Erbfähigkeit, um durch Ein-

ſetzung derſelben zu hindern, daß das testamentum durch agnatio posthumi rumpirt würde, was, nachdem die in den 12 Tafeln ſanctionirte Willkühr des paterfamilias in Anſehung des Teſtirens aufgehört hatte, jedesmal eintreten mußte, wenn nach errichtetem Teſtament ein posthumus vorkam; vgl. §. 26. 28. I. de leg. pr. I. de bon. poss. §. 5. I. de exher. lib. Mühlenbruch in dem fortgeſ. Glückſchen Comm. XXXVI. §. 1421 h. S. 173. ff. Späterhin konnten auch posthumi alieni eingeſetzt und mit Legaten bedacht werden. §. 28. I. de legat. pr. I. de bon. poss. H. z. T. nimmt man die Erbfähigkeit Nachgeborner ohne Einſchränkung an. Mühlenbruch §. 618. not. 2. §. 641. Schweppe §. 788. not. 2. Unter den Kaiſern erhielten auch manche Gemeinden Erbfähigkeit, und h. z. T. ſind nach der Bemerkung des §. alle erlaubte Gemeinheiten, welche zur Zeit des errichteten Teſtaments bereits beſtehen, erbfähig. Ob aber auch Gemeinheiten oder überhaupt Inſtitute, welche zur Zeit des errichteten letzten Willens noch nicht beſtehen, ſondern erſt errichtet werden ſollen? das iſt die Frage, welche in neuerer Zeit, namentlich in dem bekannten Städelſchen Erbfall, erörtert worden iſt. Aus einer Menge Schriften, welche über dieſen Gegenſtand erſchienen ſind, genüge es hervorzuheben: Mühlenbruch Beurtheil. des Städelſchen Erbſchaftsfalles. Halle 1828. Wenk. pr. de pia caussa in cod. test. et constituta et ad hered. vocat. L. 1827. Deſſ. Beitr. z. Erört. des Städelſchen E. F. Leipz. 1828. Ueber einen ähnlichen Fall vgl. F. A. Northof die Gültigkeit der Erbeinſetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Teſt. des Landrentmeiſters Blum zu Hildesheim. Göttingen 1833. — Gewöhnlich bezeichnet man posthumi und moraliſche Perſonen als personae incertae; vgl. Tilling. de posthumis hered. inst. vel exher. diss. I. II. L. 1794. p. 109. sqq. C. G. Hübner. ad tit. dig. de rebus dub. p. I. L. 1802. p. 43. ff. Und in gewiſſer Hinſicht läßt allerdings in Anſehung der posthumi und der Inſtitute, welche erſt errichtet werden ſollen, eine incertitudo ſich nicht verkennen. Ob dieſe incertitudo der eigentliche Grund war, hier Erbfähigkeit auszuſchließen, bleibe dahin geſtellt. Doch würde immer der erſt §. squ. berührte Fall zu unterſcheiden ſeyn, in welchem ob incertam testatoris voluntatem ein ſonſt erbfähiges Individuum von der Erbſchaft ausgeſchloſſen wird. Die in den ältern Codex aufgenommene Conſtitution des Juſtinian über personae incertae in Bezug auf Erbfähigkeit derſelben iſt bekanntlich verloren gegangen, denn tit. C. VI. 48., über welchen zu vergleichen J. Strauch. de person. incert. Jen. 1617., wieder herausg. von L. A. Hamberger. ib. 1714., enthält nur einen aus des Photius Nomocanon entlehnten Auszug.

b) l. 20. D. de rebus dubiis.

c) l. 8. C. de heredibus instituendis.

d) l. 49. §. 1. D. de hered. instit. Berger Oec. L. II. IV. XI. 1.

§. 674.

II. Die Ernennung des Erben ſelbſt *) muß in der Maaße geſchehen, daß über deſſen Perſon kein Zweifel übrig ſey a). Folglich 1) darf in dem Teſtamente die Ernennung des Erben nicht der Willkühr eines Dritten überlaſſen werden b), aber 2) gleichgültig iſt es, mit welchen Worten die Einſetzung geſchehen iſt c); ja es iſt nicht einmal nothwendig, daß der Erbe namentlich angegeben werde, dafern er nur auf hinreichende Art beſchrieben wird d). 3) Auch ein Irrthum in Abſicht auf den Namen des Erben, oder eine falſche Beſchreibung deſſelben, ſchadet der Einſetzung nicht, wenn nur dieſelbe nicht mit dem übrigen Inhalte des Teſtaments im Widerſpruche ſteht, widrigenfalls die Diſpoſition ungültig ſeyn würde e). 4) Endlich ſteht es auch dem Teſtirer frei, die Perſon des Erben im Teſtamente gar nicht namhaft zu machen, oder zu beſchreiben, ſondern ſich deshalb auf einen andern ſchriftlichen Aufſatz zu beziehen (testamentum mysticum seu implicitum) f).

*) Vgl. Schweppe §. 809. Mühlenbruch §. 665.

a) l. 9. §. 9. D. de hered. instituend. Zweifel kann entſtehen theils wegen unrichtiger Bezeichnung des Erben (n. 3.), theils weil die zu Bezeichnung deſſelben angegebenen Merkmale nicht hinreichen, um denſelben als Individuum von andern Perſonen auszuzeichnen, welche mit demſelben jene Merkmale gemein haben. Hieher gehörige Beiſpiele enthalten l. 10. p. l. 21. D. de reb. dub. l. 62. §. 1. D. de her. inst. l. 30. D. de test. tut. (vgl. Handb. I. §. 326. not. d.) Daß der Teſtirer den Erben perſönlich kenne, iſt nicht nöthig. §. ult. l. l. 11. C. de her. inst. Cognati können eingeſetzt werden und ſind dann in der Regel die zu verſtehen, welche tempore conditi testamenti als Verwandte exiſtirten; vgl. l. 19. D. de reb. dub. Hübner. ad tit. de reb. dub. p. 73. 94. 95. Götz Entſch. der Altdorfer Jur.=Fac. Nürnb. 1808. n. 15.; vgl. auch Stryck us. mod. XXX. §. 7. Was Armen, Gefangenen, oder ſonſt Hülfsbedürftigen hinterlaſſen worden iſt, wird als piae caussae relictum aufrecht erhalten, l. 24. 28. C. de episc. et cler. N. 131. c. 11., und iſt ſchon nach Juſt. Recht der Behörde zur Verwaltung zu überlaſſen, welcher die Aufſicht

über piae caussae und ähnliche Inſtitute zukommt. Im Zweifelsfall iſt hier anzunehmen, daß der Teſtirer ſeinen Wohnort ausſchließlich berückſichtiget habe. Dies gilt auch, wenn die Kirche, oder, was gleichbedeutend iſt, Gott, zum Erben eingeſetzt worden iſt, d. N. 131. c. 9.; vgl. Cramer. obs. jur. univ. III. 939. Weſtphal von Vermächtniſſen I. §. 72. Rau diss. I. §. 8.

b) l. 32. D. eod. l. 7. §. 1. D. de reb. dub. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 13. Bauer Resp. 39.; vgl. Schweppe §. 800. Mühlenbruch §. 644. Schrader civ. Abh. I. 3. Wiesand. obs. jur. rom. et sax. VI. 1., in deſſen opusc. Glück XXXIII. §. 1406. Sell Verſuche im Gebiete des Civilrechts. II. §. 65. Doch ſoll arbitrium alterius wenigſtens bei Legaten als conditio beachtet werden, l. 1. pr. D. de leg. 2.; vgl. darüber §. 751. Daß der aufgeſtellte Satz durch c. 13. X. de test. nicht abgeändert worden ſey, ſ. Glück pr. Innocentius III. cap. 13. X. de test. juri civili haud derogans. Erlang. 1784. in opusc. tom. I. p. 145., ingl. Pand. XXXIII. §. 1406 a. XXXIV. §. 1406 b. gegen die Anſichten von Schrader a. a. O. S. 71. Wohl aber kann der Teſtirer verordnen, daß die Beſtimmung des Erben von einem gewiſſen Erfolge oder einer gewiſſen Begebenheit, oder auch Glückszufalle abhängen ſoll, z. B. wenn von mehrern im Teſtamente ernannten Perſonen derjenige, welchen das Loos trifft, Erbe ſeyn ſoll. Leyſer Sp. 360. m. 3. Heineccius consilia et decisiones, cons. 2. et 3. Folglich können auch ungewiſſe Perſonen zu Erben ernannt werden, §. 27. I. de legat. Hofacker a. a. O. §. 1291. Claproth a. a. O. §. 12. Hübner. ad tit. de reb. dub. p. 104. Mühlenbruch §. 641. Schweppe §. 788. Ob durch die verloren gegangene Conſt. Juſtinians de personis incertis das ältere Recht in dieſem Punct weſentlich verändert worden ſey, iſt freilich nicht auszumachen. Indeß ward ſchon in dem vorjuſtinian. Recht angenommen, daß ex certis personis incertae personae Legate erlangen und eingeſetzt werden konnten, §. 25. I. de leg. l. 9. §. 9. 10. D. de h. inst. l. 10. pr. D. de reb. dub., wie denn auch das bereits Gezahlte nicht wieder zurückgefordert werden konnte, d. §. 25. I.; vgl. Hübner. l. 1. p. 91. 95. 97. Soviel iſt jedoch gewiß, daß wenn Erbeinſetzung nicht der Willkühr eines Dritten anheim gegeben werden ſoll, ſie eben ſo wenig von einem bloßen Zufall abhängig gemacht werden ſollte. Beiſpiele von Fällen, welche hieher gehören, ſ. l. 5. 14. D. de reb. dub. §. 25. I. de legat.; vgl. auch den bereits erwähnten Fall bei Eiſenhart I. 13.

c) l. 15. C. de testam., mithin iſt nicht ſchlechterdings nothwendig, daß der Ausdruck Erbe gebraucht worden, ſondern die Ausdrücke: haben, hinterlaſſen, erhalten, vermachen ꝛc. ſind gleichbedeutend, dafern nur die Worte des Teſtirers an den Erben ſelbſt gerichtet (verba directa) ſind. Leyſer Sp. 356. m. 1. 2. Schweppe

§. 809. Mühlenbruch §. 665. Vgl. Conſt. 9. P. III. So z. B. würden auch die Ausdrücke: Meiner Tochter ſetze ich ſoviel zur Mitgift aus, oder: Mein Sohn ſoll mit dem, was er bei meinen Lebzeiten erhalten, zufrieden ſeyn ꝛc., für eine Erbeinſetzung zu achten ſeyn. Leyſer a. a. O. m. 8. 9. Vgl. Carpzov P. III. const. 9. def. 8. seqq. Berger Oec. II. T. IV. th. 13. not. 1. 2. Anderer Meinung iſt jedoch Stryck caut. test. cap. XI. §. 11. u. 16. — Man nimmt ſogar eine tacita heredis institutio an; J. Chr. Harpprecht. de tacita hered. inst. in deſſen tr. de success. I. n. 6. p. 1251. und deſſen coll. diss. I. n. 37. Schweppe §. 809. beſ. not. 8. Mühlenbruch §. 665., obgleich die Regel, welche einige als allgemein gültig aufſtellen: positi in conditione, positi censentur in dispositione, vgl. Heisler. diss. Hal. 1754., manchem Zweifel unterliegt. In Sachſen läßt ſich nach Erbgeſ. §. 1. 2. 5. eine tacita heredis inst. in Beziehung auf geſetzliche Erben vertheidigen.

d) l. 9. §. 8. D. de hered. instituend. l. 34. D. de O. et D. Schmidt Abh. I. 46. Beſchränkung gilt in Anſehung der ſogenannten demonstratio cum maledicto; vgl. l. 9. §. 8. l. 48. §. 1. D. de her. inst. Chladenius diss. de hered. inst. cum maledicto. Viteb. 1759. Averan. interpr. V. 13. Schweppe §. 798. Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XXXVI. §. 1421 b. S. 301.

e) l. 9. pr. l. 48. §. 3. l. 4. C. de hered. instit. §. 29. I. eod. Scipio Gentilis de error. testament. a testat. commissis. Arg. 1669. J. C. Conradi de volunt. test. dubia ob error. in demonstr. hered. vel legatar. Helmst. 1763. Hofacker §. 1293. Schweppe §. 789. 790. Mühlenbruch §. 645. Glück XXXIII. §. 1405. S. 421.

f) l. 36. l. 77. D. de hered. instituend. l. 10. pr. D. de cond. institut. l. 38. D. de condit. et demonstrat. Baſtineller D. de testam. mysticis. Viteb. 1732. Leyſer Sp. 351. m. 9. Müller. ad L. obs. 617. 618. Stryck a. a. O. c. 16. §. 22. J. H. Rivinus de schedula test. adjecta. L. 1741. H. G. Bauer. de test. myst. L. 1764. Berger. Oec. II. 4. 4. not. b. u. dazu Winkler u. Haubold. Wernh. p. V. Obs. 191. Glück XXXV. §. 1417. Schweppe §. 791. Mühlenbruch §. 653. 665. Das testamentum mysticum kommt auch in dem Code Napoléon vor, bezeichnet aber hier im Allgemeinen jedes Teſtament, deſſen Inhalt den zugezogenen Zeugen unbekannt bleibt. In ähnlichem Sinne nennt auch Harmenopulus πρόχειρον V. 1. das test. scriptum, mysticum. Vgl. übrigens in dem franzöſ. Recht code civil. art. 976. Geißenheiner Verſ. einer Darſtell. der äußern Form myſt. Teſt. Göttingen 1812. Grolmann über

myſtiſche Teſt. Gießen 1814. v. Almendingen über Grundlage und Behandlungsart des myſtiſchen und holographiſchen Teſt. Wiesbaden 1814. — Für die schedula, auf welche das Teſtament Bezug nimmt, giebt es keine beſonderen Förmlichkeiten; nicht einmal die Unterſchrift des Teſtirers iſt erforderlich, wenn die Schrift von dem Teſtirer eigenhändig geſchrieben iſt, oder ſonſt deren Aechtheit befriedigend nachgewieſen wird. Rivin. §. 21—23. Zweifelhafter erſcheint, ob die schedula zur Zeit der Teſtamentserrichtung bereits vorhanden ſeyn müſſe, oder ob man auch die Abfaſſung derſelben ſich vorbehalten dürfe? Iſt die Rede von letztwilligen Verfügungen, welche auch in Codicillen angeordnet werden können, ſo ſcheint letzteres bejahet werden zu müſſen; arg. l. 38. D. de C. et D., allein die angeführten Geſetze und die meiſten Rechtslehrer ſprechen dies auch von der Erbeinſetzung aus; vgl. Leyser. Sp. 351. m. 8., obwohl, was letztere betrifft, wenigſtens in dem Fall, wenn der Teſtirer über die Perſon des Erben noch gar keinen Entſchluß gefaßt haben ſollte, dem Teſtament als ſolchem der Mangel einer voluntas certa und der unitas contextus entgegenſtehen dürfte; vgl. Rivin. §. 10. Baſtineller §. 26. 27. 32.; vgl. jedoch l. 77. D. de h. inst. Mühlenbruch §. 653. Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß, wenn das relatum, die schedula fehlt, alle Dispoſitionen des referens wegfallen müſſen, welche aus jenem erſt hervorgehen ſollen. Daſſelbe gilt, wenn mehrere schedulae mit widerſprechenden Dispoſitionen ſich finden. Baſtineller §. 25. Iſt die Dispoſition, welche auf dieſe Weiſe in Wegfall kommt, die heredis institutio, ſo fällt natürlich das ganze Teſtament als imperfectum über den Haufen, l. 25. 29. D. qui test. fac. l. 11. §. 1. l. 23. D. de leg. 3.; und ſelbſt der Nutzen der cl. codicillaris ſcheint hier zweifelhaft, l. 3. D. de test. mil. Daß die schedula dem ſchriftlichen Teſtament beiliege, iſt, wenn nicht der Teſtirer etwas Anderes verordnet hat, nicht nöthig. Einen hieher gehörigen Fall, in welchem der Teſtirer auf eine schedula ſich bezogen hatte, welche bei dem Teſtament liegen ſollte, erwähnt Rivinus §. 16. ff.

§. 675.

III. Nur darf die Erbeinſetzung nicht die Erſchleichung der Erbſchaft eines Andern zum Zweck haben [a]), ohne Unterſchied, es mag nun der Teſtirer durch die Einſetzung entweder die Verlaſſenſchaft des Erben ſelbſt, oder die eines Dritten und zwar entweder für ſich, oder für einen Andern, zu erſchleichen ſuchen [b]). Doch iſt es keinesweges für eine erbſchleicheriſche Einſetzung zu achten, wenn der Teſtator aus Dankbarkeit den zum Erben einſetzt, welcher ihn ſchon

vorher eingeſetzt hatte[c]) (testamentum correspectivum); vielweniger ſind die wechſelſeitigen Erbeinſetzungen der Ehegatten (test. conjug. reciproca) dafür anzuſehen[d]).

a) l. 70. D. de hered. instituend., die Anwend. auf legata ſ. l. 64. D. de leg. 1. Majanſius D. de Scto prohibente dispositiones captatorias; in Ej. disputt. jur. T. II. n. 2. Chr. Thomaſius D. de captatoriis institutionibus. Hal. 1696. rec. ibid. 1710. C. V. Bynkershoek C. de captat. inst. in deſſen opp. tom. I. p. 429., ſowie in opusc. ed. Conradi II. n. 5. Schweppe §. 797. Thibaut Verſ. I. 4. Sell Verſuche über das Civilr. II. Gießen 1834. §. 66. S. 295. Eine Diſpoſition iſt als captatoria ungültig, wenn ſie in futurum concepta iſt, und eine künftige Diſpoſition des Andern zu Gunſten des captantis oder eines Dritten bezweckt, ſo, daß letztere als Bedingung, nicht als caussa der erſtern erſcheint. Eine ſolche Bedingung wird nicht wie andere reprobirte Bedingungen pro non adjecta gehalten, ſondern ſie macht die dispositio captantis ungültig. Die Diſpoſition des captatus wird an und für ſich ſelbſt nicht ungültig; vgl. Thibaut, Schweppe, Sell a. a. O. A. M. iſt Bynkershoek l. l. cap. 10. a. E.; vgl. Mühlenbruch §. 648. not. 9. Selbſt daß dem captanti der erlangte Vortheil durch den fiscus wieder entriſſen werde, wie Majanſius l. 1. §. 14. annimmt, muß beſtritten werden; vgl. Sell a. a. O. S. 309. Iſt die dispositio captatoria eine heredis institutio, ſo wird nach gemeinem Recht das Teſtament ſelbſt ungültig, inſofern es nicht, vermöge der cl. codicillaris, in Anſehung der von der hered. institutio unabhängigen Beſtimmungen beſteht. In Sachſen ließe ſich vielleicht behaupten, daß auch ohne cl. cod. die Legate ꝛc. beſtehen, wenn es mit dem §. 677. n. 4. angef. Satz ſeine Richtigkeit hätte. Daß übrigens das Verbot der dispositio captatoria h. z. T. nicht mehr gilt, behauptet außer Thomaſius l. l. Leyser. sp. 375. m. 18.; vgl. dagegen Müller. ad L. obs. 583. Ueber die Ungültigkeit einer institutio, in welcher princeps litis caussa als Erbe eingeſetzt wird, v. §. 8. I. quib. mod. test. in G. L. Mencken. de principe l. c. instituto in deſſen diss. n. 21. Gundling. de principe hered. in deſſen Op. I. 11.

b) l. 71. §. 1. eod.

c) ibid. in prooem. Daß in dem oben angegebenen Fall keine captatio vorliege, iſt gewiß; allein daran muß gezweifelt werden, ob unter den angegebenen Vorausſetzungen ein eigentliches test. correspectivum anzunehmen ſey? Vgl. über dieſe Art Teſtament J. Ch. Harpprecht. de test. correspectivis. Tubing. 1702. in deſſen diss. Vol. I. n. 39. H. L. Ch. Böttger. de natura et indole test. correspectivi. Marb. 1793. Haſſe im rh. Muſ.

III. 14. n. 28. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1428. S. 214. Correſpectivität findet nur in ſo weit Statt, als die Dispoſition des einen Teſtaments von der des andern abhängt, durch letztere bedingt iſt; was in dem hier erwähnten Fall nicht ohne Weiteres anzunehmen iſt. Namentlich erſcheint hier wenigſtens das erſte Teſtament ganz unabhängig von dem zweiten; und das zweite kann, wenn das erſte wegfällt, nur inſofern als wegfallend gedacht werden, als dem Beweggrund zur Errichtung einer beſtimmten Dispoſition Einfluß auf das Beſtehen der letztern zugeſtanden wird; vgl. §. 691. Dies letztere entſcheidet auch in dem Fall, wenn von zwei Teſtirern jeder in einer beſtimmten Maaße darum disponirt hat, weil von dem andern in einer beſtimmten Maaße disponirt worden iſt; wobei nichts weiter vorausgeſetzt wird, als daß der Eine die Dispoſition des Andern kenne. Eigentliche Correſpectivität letztwilliger Verordnungen iſt aber nur dann vorhanden, wenn beide Teſtirer in Folge gemeinſchaftlicher Abrede auf die oben bemerkte Weiſe ein Teſtament errichten. Dergleichen Teſtamente können übrigens ſowohl gleichzeitig (§. 669.), als auch zu verſchiedenen Zeiten errichtet werden. Die Correſpectivität ſelbſt kann ſich ſowohl auf die Erbeinſetzung als auf andere Beſtimmungen beziehen. Das Erſte tritt namentlich in dem Fall ein, wenn beide Teſtirer wechſelſeitig ſich zum Erben einſetzen. Daß beide Teſtirer einen und denſelben Erben einſetzen, begründet im Allgemeinen keine Correſpectivität; eine Ausnahme würde gelten in dem Fall eines test. simultaneum, wenn beide Teſtirer einen Erben in der Maaße einſetzen, daß nach dem Tode des zuerſt Verſterbenden deſſen Nachlaß zuerſt an den Ueberlebenden, und nach deſſen Tode erſt an den eingeſetzten Erben gelange; vgl. Kleins Rechtsſpr. der Hall. Jur.-Fac. I. 12. Glück XXXV. §. 1419 a. S. 62. In Anſehung der test. correspectiva entſteht nur die Frage: 1) waren dieſelben nach röm. Recht bekannt und erlaubt? vgl. darüber Glück XXXV. §. 1419 a. S. 50. ff. Haſſe a. a. O. Mehrere Neuere halten dieſelben für ein Inſtitut des deutſchen Rechts; vgl. Biener. qu. 40. L. 1813. in opusc. II. S. 182. Bülow u. Hagemann Erört. IV. 29. Mittermaier D. P. R. §. 410. 2) Muß hier nicht angenommen werden, daß die eigentliche Natur des Teſtaments verſchwinde und eine Art von Erbvertrag eintrete? eine Frage, die namentlich von Wichtigkeit erſcheint, wenn die Rede iſt von einſeitiger Veränderung und Aufhebung der errichteten Teſtamente (vgl. §. 732.). Dieſe Frage haben mehrere Aeltere, wie Schilter Ep. XXXIX. th. 57. Stryck de test. recipr. conjug. §. 74. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bauer. resp. 49. L. 1795., wiewohl gewöhnlich nur in Beziehung auf testamenta conjugum reciproca, auch wohl unter der Vorausſetzung, daß der Nachlaß des zuerſt Verſtorbenen von dem Ueberlebenden angetreten

worden ſey, vgl. Gottſchalk disc. II. 1. S. 16. bejahet. Dagegen behaupten mit Recht, daß Correſpectivität allein in der Natur des Teſtaments nichts ändere, mithin das Daſeyn eines Erbvertrags aus andern Gründen nachzuweiſen ſey, Carpzov p. III. c. 7. def. 21. Wernher. p. X. obs. 388. Leyser. sp. 339. m. 3. 4. Pütter Rechtsf. I. 42. Leyser. sp. 359. m. 3. 4. Müller. ad L. obs. 632. Quiſtorp rechtl. Bem. II. 16. Biener. qu. l. 40. u. qu. 44. L. 1813. in opusc. II. S. 191. G. L. Böhmer Rechtsf. I. n. 29. Haſſe a. a. O. S. 158. Glück a. a. O. S. 64. Das ſächſiſche Recht erkennt testamenta reciproca, die in vim pacti errichtet worden ſind, an, Gen. v. 15. Febr. 1754. C. A. C. I. 1. S. 387.; woran man aber das Daſeyn derſelben erkenne, iſt zweifelhaft; vgl. Böttger. diss. 1. §. 14. Biener. qu. laud. in fin. Ob die ausdrückliche Erklärung, de non mutando testamento dahin zu rechnen ſey, darüber iſt man nicht einerlei Meinung; vgl. Finkelthaus obs. 90. J. Becmann consil. II. 84. Böhmer Rechtsf. III. n. 243. Biener l. l. Bauer. resp. laud. Glück a. a. O. S. 67. 3) Daß zu dem Beſtehen eines test. reciprocum nicht eine Gleichheit des Vermögens beider Teſtirer erfordert werde, insbeſondere ein ſolches test. unter Ehegatten beſtehe, wenn auch einer derſelben nichts im Vermögen gehabt haben ſollte, iſt nicht zu bezweifeln; vgl. Frantzke resol. II. 12. n. 3—12. — Daß übrigens bei einem gleichzeitig errichteten test. reciproco nicht etwa die doppelte Zahl der Zeugen erforderlich ſey, ſ. Peck. de test. conjugum. l. 19. Gail. II. obs. 117. Lauterbach. ad tit. D., qui test. fac. poss. §. 55. Stryck. de caut. test. XV. §. 41. — Mehr über test. corresp. wird unten §. 732., ingleichen bei der Lehre vom dies cedens und veniens, ſo wie bei der Materie von Eröffnung der Teſt., den Fideicommiſſen und dem Erbſchaftsantritt vorkommen.

d) d. l. 70. D. Ueber test. conjugum reciproca Peck. de test. conj. Lovan. 1654. u. mehrmal. Stryck diss. de test. conjugum reciprocis. Hal. 1702. J. P. Streit. de test. conjug. reciproco. Erff. 1713. F. G. Zoller. de test. conj. reciproco. L. 1773. Bolley Beiträge z. Lehre von test. correspectivis der Eheleute; Stuttg. 1846. Gewöhnlich werden ſolche Teſtamente von kinderloſen Eheleuten errichtet; außerdem iſt natürlich auch hier die legitima liberorum in Obacht zu nehmen; vgl. Putoneus enunc. III. 112. n. 1. Biener. qu. 44. Daß auch die test. conjugum reciproca ein duplex testamentum bilden, ſ. Gottschalk. anal. c. 6. S. 128.

§. 676.

IV. Ganz ungültig aber iſt es[a]), wenn derjenige, welcher auf des Teſtirers Geheiß deſſen letzten Willen geſchrie-

ben, aufgeſetzt, dictirt oder ſonſt gefertigt [b]), desgleichen der Notarius, welcher ein Inſtrument darüber gemacht hat; oder, dafern ein letzter Wille vor Gericht ſchriftlich oder mündlich aufgerichtet worden, wenn die Gerichtsobrigkeit, die Gerichtsperſonen, der Actuarius oder Gerichtshalter zu Erben eingeſetzt, oder ihnen auch nur etwas vermacht worden iſt [bb]); dafern nicht 1) entweder der Teſtirer das ganze Teſtament, welches der eingeſetzte Erbe concipirt, dictirt, oder aufgenommen hat, eigenhändig niedergeſchrieben [c]), oder wenigſtens, 2) wenn auch der Erbe das Teſtament ins Reine geſchrieben, doch den Namen des Erben, und die Worte darin die Erbeinſetzung enthalten, ſelbſt geſchrieben [d]), oder 3) unter das Teſtament ſolches eigenhändig angemerkt, oder 4) vor wenigſtens zwei Zeugen [e]) erklärt hat [f]). Auch bleibt 5) eine ſolche Erbeinſetzung alsdann bei Kräften, wenn der Concipient des Teſtaments der einzige Inteſtaterbe des Erblaſſers iſt, und nicht neben ihm noch ein anderer Erbe eingeſetzt worden [g]).

a) Joh. Jac. Maſcov D. de his, qui sibi adscribunt in testamento, ad explicat. Scti Liboniani et Ed. D. Claudii. Lips. 1731. Markart. exerc. academ. n. 3. Bynkershoek quaest. jur. privat. III. 8. v. Ende verm. jur. Abh. Erl. 1802. n. 11. Schweppe §. 792.

b) l. 1. D. de his, quae pro non script. hab. l. 10. 11. 14. 15. pr. D. ad l. Corn. de falsis l. 3. C. de his, qui sibi adscr. Deciſ. 9. v. J. 1746. H. G. Bauer Erläut. d. Deciſ. S. 91. flg. Kori II. n. 27. Gottschalk. analect. cap. 6. disc. III. 6. In Anſehung derer, welche den letzten Willen dictirt haben, oder derer, welchen er dictirt worden iſt, vgl. l. 22. C. de test. l. 2. C. de his, qui sibi adscr. l. 22. §. 6. D. ad l. Corn. de fals. Leyser. sp. 375. m. 13. Canngiesser. dec. 119. Gottschalk. annal. S. 110. 132.

bb) Wenn jedoch das Judicium aus mehrern zur Juſtizverwaltung beſtellten Perſonen beſteht, ſo iſt ſolches bloß auf die zur Aufnahme des gerichtlichen Teſtaments abgeordneten Mitglieder, keineswegs aber auf die übrigen zu erſtrecken, auf jene aber auch dann, wenn ſie in größerer Zahl, als ſonſt nach den Geſetzen (§. 654—656.) erfordert wird, ſich eingefunden haben; Gottschalk. disc. l. 1. p. 84. seqq., da hingegen, wenn mehrere Perſonen ein mit Gerichtsbarkeit verſehenes Grundſtück gemeinſchaftlich beſitzen, mithin

auch alle an den Gerichten Theil haben, das obige Verbot auf die ſämmtlichen Theilhaber zu erſtrecken iſt. Bauer a. a. O. §. 6. Daß die Deciſ. 9. auch auf Legate ſich beziehe, erhellet aus den Worten derſelben. Ob der Schreiber eines Teſtaments ſich zum executor des Teſtaments ernennen könne, iſt geſetzlich nicht entſchieden, vgl. aber l. 29. D. de test. tut. l. 18. §. 1. D. ad l. corn. de fals. l. 3. C. de his qui sibi adscr.

c) Generale v. J. 1754. im fortgeſ. C. A. I. 387. Gottschalk. annal. S. 130.

d) Ebendaſ. Gottschalk. l. l. S. 131.

e) Angez. Deciſ. 9. Die Erklärung vor einem Zeugen würde ohne Wirkung ſeyn, auch nicht einmal dem eingeſetzten Erben ſolchenfalls der Erfüllungseid zuerkannt werden können. Bauer a. a. O. §. 12.

f) Wenn alſo der Erblaſſer das Teſtament, welches auf ſein Geheiß der eingeſetzte Erbe oder Legatar concipirt oder niedergeſchrieben hat, ſelbſt in den Gerichten, unter der Erklärung, daß ſolches ſein letzter Wille ſey, übergiebt, ſo würde die Erbeinſetzung oder das Vermächtniß ebenfalls gültig ſeyn. Bauer a. a. O. §. 9. A. M. iſt v. Ende a. a. O. §. 8. Gottschalk. anal. S. 115. 122.; vgl. §. 677. 2. Dagegen ſcheint von der J. F. zu Leipzig für hinreichend erachtet worden zu ſeyn, daß der Teſtirer ein durch einen Andern geſchriebenes Teſtament auf jeder Seite und am Ende mit der Erklärung: dies iſt mein letzter Wille; unterzeichnet hat; vgl. J. G. Müller. pr. de ambitu dec. 9. L. 1821. §. 8.; vgl. Zeitſchr. III. XXI. u. die Bemerk. S. 288. ebendaſ. E. F. Günther. pr. quaest. pii sax. L. 1839. n. 1.

g) l. 1. C. de his, qui sibi adscr. Im entgegengeſetzten Falle, wenn nämlich der Concipient nicht alleiniger Inteſtaterbe, oder nicht der allein eingeſetzte Erbe wäre, würde der Teſtirer eine der obgedachten Vorſichtsregeln anzuwenden haben, weil außerdem wider den zum Erben eingeſetzten Concipienten die Vermuthung entſtehen würde, daß der Teſtirer den oder die übrigen noch vorhandenen Inteſtaterben, oder den im Teſtamente ernannten Miterben allein habe einſetzen wollen. Bauer a. a. O. §. 13. Wenn Miterben ex testamento vorhanden ſind, ſo würde nach älterm Recht dieſen das Erbtheil deſſen, qui se ipsum heredem scripsit, accreſciren. Gottschalk. anal. S. 134. Iſt dies nicht der Fall, ſo fällt die institutio heredis über den Haufen und es tritt successio legitima ein, wobei der, qui se ipsum heredem scripsit, wenn er ſelbſt heres legitimus war, nicht mehr als die ihm ab intestato zukommende Erbportion empfängt; Gottschalk. l. l. Der erſte Fall ſcheint indeß durch das Erbgeſetz §. 4. eine Abänderung erlitten zu haben; vgl. §. 678. 918. Daß ein Notherbe, qui sibi adscripsit, des Pflichttheils nicht verluſtig werde, ſ. Stryck de caut. test. XV. 9.

§. 677.

Wir bemerken noch hiebei: 1) Die Verordnung, vermöge deren die Erbeinſetzung der obbenannten Perſonen in denjenigen Teſtamenten, zu deren Errichtung ſie mitgewirkt haben, nur unter Beobachtung einer der im vorigen §. bemerkten Vorſichtsregeln gültig iſt, erſtreckt ſich auch auf deren Eheweiber und Deſcendenten [a]). 2) Es findet hiebei zwiſchen gerichtlichen und außergerichtlichen, ſchriftlichen und mündlichen Teſtamenten und Codicillen kein Unterſchied Statt [b]). 3) Auch in wechſelſeitigen Teſtamenten, dafern ſie nicht in vim pacti successorii errichtet worden, iſt auf den Fall, da der eine Teſtirer des andern letzten Willen geſchrieben, aufgeſetzt, dictirt, oder ſonſt gefertigt hat, dasjenige, was ihm darin zum Beſten enthalten, ungültig [c]). 4) Wenn gleich die Erbeinſetzung aus dem gedachten Grunde ungültig iſt, ſo bleibt doch das Teſtament in Abſicht auf die übrigen darin enthaltenen Verordnungen, Vermächtniſſe ꝛc. bei Kräften [d]).

a) angez. Deciſ. 9. In dieſem Geſetze geſchieht zwar der Abſcendenten keine Erwähnung, daher auch Bauer a. a. O. §. 5. behauptet, daß es auf dieſelben nicht erſtreckt werden dürfte. Da indeſſen bei den Abſcendenten der nämliche Grund des Geſetzes eintritt, welcher bei den Deſcendenten vorwaltet, auch nach dem röm. Rechte die Einſetzung der mit dem Concipienten in Verbindung ſtehenden Perſonen nur in ſo weit gültig iſt, als er durch dieſelben nichts adquirirt (Arg. l. 11. pr. §. 1. l. 18. l. 22. §. 2. D. de leg. Cornel. de fals.), ſo ſcheint ſolches doch noch zweifelhaft zu ſeyn; vgl. Gottſchalk anal. S. 119. u. disc. I. 11. Am letztern Ort wird bemerkt, daß das AG. in neuerer Zeit die Bauerſche Meinung befolgt habe. Was die Eheweiber betrifft, ſo wird die dec. auch von der Ehefrau des Gerichtsherrn, vor deſſen Gerichten ein Teſtament aufgenommen worden iſt, verſtanden; Gottſchalk disc. III. 6. S. 85.; vgl. auch Müller in den angez. pr. §. 8. J. W. III. 122.

b) Arg. angez. Deciſ. 9. Bauer a. a. O. §. 7. 8. Gottſchalk anal. S. 114. A. M. iſt, was gerichtliche Teſtamente betrifft, Hommel obs. 570.

c) Angez. Generale v. J. 1754. v. Ende a. a. O. §. 8. Gottſchalk anal. S. 114. Ob die dec. auch auf donationes m. c. zu beziehen ſey? derſ. S. 120.

d) Arg. Conſt. 9. P. III. Bauer a. a. O. §. 11. Hommel Obs. 643. n. 19., wenn der Erbtheil deſſen, qui se heredem scripsit, an die eingeſetzten Miterben fällt, ſo iſt nicht zu zweifeln, daß dieſen der Antheil des wegfallenden cum onere zuwachſe; eben ſo, wenn der wegfallende allein eingeſetzt worden, jedoch zugleich einer von mehrern gleichberechtigten geſetzlichen Erben war. Zweifelhaft bleibt demnach nur der Fall, wenn der Wegfallende der einzige eingeſetzte Erbe und nicht zugleich zur successio legitima berechtigt iſt; vgl. Gottſchalk anal. S. 133., oder nach Grundſätzen des neuern Rechts ſein Erbtheil nicht an die eingeſetzten Miterben, ſondern an die Inteſtaterben fällt; vgl. §. 676. not. g. — Iſt das quod adscriptum est ein Legat oder Fideicommiß, ſo beſteht natürlich das Teſtament, und nur das Legat oder Fideicommiß bleibt bei dem oneratus oder accreſcirt dem Collegatar; vgl. Gottſchalk anal. S. 133.

§. 678.

V. Nach dem gemeinen Recht, welches bis zu dem Jahr 1829 auch in Sachſen als gültig beſtand, kann außer dem Fall des test. militare (§. 736.), bloß über einen Theil des Nachlaſſes nicht teſtirt werden (nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest)[a]). Ein Satz, den man in neuerer Zeit vorzüglich dahin gedeutet hat, daß neben der durch Teſtament angeordneten Succeſſion in der Regel nicht auch zugleich die Inteſtaterbfolge (als welche bloß ſubſidiariſch iſt) Statt finden[b]), mithin der Erblaſſer nicht zum Theil, oder in einem Theile der Erbſchaft nach dem Teſtamente, zum Theil ohne Teſtament beerbt, noch auch dem Teſtamentserben nur auf gewiſſe beſtimmte Zeit, nach deren Ablauf aber den Inteſtaterben, oder umgekehrt, die Erbſchaft zu Theil werden könne[c]). Allein durch das Erbgeſetz iſt in Sachſen dieſe Regel aufgehoben und der entgegengeſetzte Satz, daß neben der successio testamentaria die Inteſtaterbfolge nicht nur beſtehen könne, ſondern auch, dafern nicht über den ganzen Nachlaß oder nicht für die ganze auf das Ableben des Teſtirers folgende Zeit disponirt worden ſeyn ſollte, in der Regel beſtehen müſſe, aufgeſtellt worden[d]).

a) Chr. Gottl. Haubold D. (resp. I. F. Hermann) de caussis, cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788.

in opusc. I. S. 315. Außerdem vgl. über den Grund dieſer Regel Schott jur. Wochenbl. 4. Bd. n. 6. Thibaut civ. Abh. n. 5. Klüpfel über einzelne Theile des bürg. Rechts. Stuttg. 1817. n. 1. Huſchke im rh. Muſeum VI. 8. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1430. S. 337. ff. Unverträglichkeit der teſtamentariſchen Erbfolge mit der geſetzlichen folgt zwar in gewiſſer Maaße allerdings aus dem angegebenen Satz, d. h. inſofern als nicht von dem Teſtirer ein ſolches Nebeneinanderbeſtehen beiderlei Arten der Erbfolge angeordnet werden konnte; aber der Satz nemo pro parte etc. beſchränkt ſich nicht auf dieſe Folge. Sonſt konnte unter gewiſſen Umſtänden allerdings successio testamentaria und legitima gleichzeitig neben einander beſtehen; vgl. §. 692. not. p.

b) l. 39. D. de adqu. v. om. hered.

c) §. 5. I. de hered. instit. l. 7. D. de regg. jur. Die letzte Folgerung kann auch aus dem §. 643. not. a. angezogenen Satz abgeleitet werden.

d) Erbgeſ. §. 2—7.; vgl. darüber C. M. Kriegel. spec. comm. perpetui ad l. successoriam in Saxon. promulgat. e fontibus authenticis edendi s. regula neminem pro parte per legem eandem sublata. L. 1831. Weiske im Arch. II. 8. Die Anwendung dieſer Regel auf mancherlei in Fällen der teſtamentariſchen Succeſſion vorkommende Verhältniſſe findet man in der Kriegelſchen diss. genau aus einander geſetzt. Hier iſt im Allgemeinen nur zu bemerken: 1) es iſt in Anſehung der Anwendung des beſagten Satzes der Willkühr des Teſtirers freier Raum gegeben, ja derſelbe mit ſeinen Folgen ſoll ſogar wegfallen, wenn eine andere Abſicht des Teſtirers nachgewieſen werden kann. Erbgeſ. §. 7. 2) Zu den geſetzlichen Erben iſt nach §. 11. des Erbgeſetzes der Fiscus nicht zu rechnen. Denn wenn auch nach §. 135. der Fiscus, der einen erbloſen Nachlaß erhält, in Anſehung deſſelben alle Rechte und Verbindlichkeiten des geſetzlichen Erben erhält, ſo ſpricht doch dieſe letzte Stelle nur de hereditate acquisita, nicht de hereditate acquirenda. A. M. iſt Kriegel diss. 1. §. 26. S. 49. Es fragt ſich aber, ob und in wie fern unter den geſetzlichen Erben auch diejenigen phyſiſchen oder moraliſchen Perſonen zu berückſichtigen ſind, welche bloß auf eine beſtimmte Quote des Nachlaſſes Anſpruch haben, wie Ehegatten, in dem Fall, wenn Verwandte des Verſtorbenen bis zum 6. Grad der Seitenlinie vorhanden ſind, oder die im Abſchn. 7. des Geſ. erwähnten öffentl. Anſtalten. Daß dergleichen Perſonen nicht mehr als den ihnen zukommenden Theil des Nachlaſſes in Anſpruch nehmen können, ſcheint gewiß; vgl. Kriegel diss. l. §. 33. n. 3. 6. §. 37. n. 2. Ihnen kann alſo aus dem Nachlaß, über welchen nur theilweiſe disponirt worden iſt, nur ſo viel zuwachſen, als zur Ergänzung des durch die Geſetze beſtimmten Theils des Nachlaſſes erfordert wird. Das Uebrige

muß an die concurrirenden geſetzlichen Erben fallen und in deren Ermangelung dem eingeſetzten Erben verbleiben.

§. 679.

Es ſteht übrigens in der Willkühr des Teſtirers, ob er eine oder mehrere Perſonen zu Erben einſetzen will [a]). In dem erſtern Falle erhält der eingeſetzte Erbe nach gemeinem Recht die ganze Erbſchaft, nicht nur 1) wenn er ex asse, ſondern auch 2) wenn er in einem in Beziehung aufs Ganze beſtimmten Theile (parte quota), oder 3) gar nur in einer einzelnen Summe oder Sache (in re certa) eingeſetzt worden iſt [b]), weil außerdem die teſtamentariſche und geſetzliche Erbfolge zugleich eintreten müßte [c]). Selbſt, wenn der Erblaſſer ausdrücklich verordnet hat, daß dem in einer beſtimmten einzelnen Summe oder Sache eingeſetzten Erbe ein Mehreres nicht zu Theil werden ſolle, ſo würde doch deſſen ungeachtet das übrige Vermögen nicht deſſen Inteſtaterben, ſondern dem teſtamentariſchen Erben zufallen [d]). Nach dem neuern ſächſiſchen Recht aber fällt der Theil des Nachlaſſes, über welchen nicht disponirt worden iſt, an die geſetzlichen Erben [e]).

a) §. 4. I. de hered. instituend.

b) §. 5. I. eod. l. 1. §. 4. l. 10. 11. 35. pr. §. 1. l. 74. D. l. 13. C. eod. l. 41. §. 8. D. de V. et P. S. 3. I. quib. mod. test. inf. Leyſer D. (praes. I. H. de Berger.) de herede in re certa instituto, ad l. 13. C. de hered. instit. Viteb. 1709. in deſſen meditt. Sp. 361., auch in Berger. Philocalia for. L. 1713. n. 2. J. Volckmann. pr. Einert. de hered. e re certa sq. L. 1827. Kind. II. 61. Schweppe §. 310. Ein heres in re certa iſt A) derjenige, welchem eine gewiſſe einzelne Sache ausgeſetzt worden, wenn ſie auch gleich den größten Theil der Erbſchaft betragen ſollte, §. 9. I. de fideicomm. heredit. Eben ſo ſoll es als institutio in re certa gelten, B) wenn Jemandem der Nießbrauch der ganzen Verlaſſenſchaft ausgeſetzt worden; ſ. U. Huber prael. ad Tit. D. de hered. instituend. §. 10. Z. Huber quaest. forenses. Franequ. 1712. qu. 8. 9. Glück IX. §. 632. S. 182. ff. XL. §. 1441. Hennemann Unterſuchung zweier verwandter Rechtsfragen, 1) ob ein in gewiſſer Sache eingeſetzter Erbe neben einem Andern ohne Beſchränkung eingeſetzten als legatar. anzuſehen ſey, 2) was Rechtens ſey in dem Fall, da ein Erblaſſer Jemandem im Nießbrauch zum Erben einſetzt, zu=

gleich aber anordnet, daß nach deſſen Tode ein Anderer ſein Erbe ſeyn ſolle. Schwerin u. Wismar 1790. ff. Eigentlich liegt in dem Fall, wenn dem Erben der Nießbrauch des Nachlaſſes oder eines Theils derſelben als Erbtheil angewieſen worden iſt, eine Art fidicommiſſariſcher Dispoſition vor. Ferner rechnet man hieher C) wenn Jemand mit einem Andern zugleich ohne Beſtimmung der Erbtheile zum Erben eingeſetzt worden, jedoch aber demſelben mit gewiſſen beſtimmten Sachen anſtatt ſeines Erbtheils zufrieden zu ſeyn auferlegt wird, l. 13. C. de hered. inst. D) wenn Jemandem zwar ein gewiſſer beſtimmter Theil, aber nicht von der ganzen Erbſchaft, ſondern nur von einer einzelnen Sache verſchrieben worden, l. 9. §. 13. D. de hered. inst. Leyſer a. a. O. m. 4. Vgl. auch, und namentlich über den Fall, wenn dem Erben eine gewiſſe Summe als Erbtheil angewieſen worden iſt, resp. 103. bei Barth Bericht von der Gerade. Anh. S. 218. Kind II. 61. S. 263. In der Regel gilt allerdings auch ein ſolcher Erbe als heres ex re certa, wenn er nicht in dem Teſtament als Univerſalerbe bezeichnet worden iſt. Notherben, denen eine Quote, oder eine beſtimmte Sache ſtatt des Pflichttheils angewieſen worden iſt, ſind ebenfalls als gewöhnliche Erben anzuſehen. So entſchied wenigſtens das App.-Gericht in Sachen Biſchofs Erben ./. Levy, 1827, an die Stadtgerichte zu Leipzig und ſpäter in J. W. Pietſch in Cr. W. zum Theil gegen die Anſichten des Schöppenſtuhls. Insbeſondere ward angenommen, daß in dem Fall, in welchem eine Beſtimmung vorlag, nach welcher das beſchiedene Erbtheil auf einem Erbſchaftsgrundſtück verſichert werden ſollte, der Erbe erſt mit dem Augenblick der Verſicherung Erbe zu ſeyn aufhöre und als Gläubiger eintrete.

c) S. Dionyſ. Gothofred. not. ad l. 9. §. 13. D. de hered. inst.

d) Arg. l. 74. D. eod. Leyſer a. a. O. m. 6. Daß es der Billigkeit gemäßer wäre, wenn der in re certa eingeſetzte Erbe bloß als Legatar betrachtet würde, und das übrige Vermögen den Inteſtaterben zufiele, iſt wohl keine Frage. Man vgl. das allgemeine Preuß. Landrecht, Th. I. Tit. XII. §. 256—258.

e) Erbgeſ. §. 2. Kriegel §. 17. Dies auch in dem Fall, wenn der Teſtirer zwar über den Nachlaß als Geſammtheit, disponirt, jedoch eine oder mehrere Sachen ausgenommen, auch wohl die Dispoſition darüber ſich vorbehalten hat, und ſpäter eine Dispoſition rückſichtlich dieſer Sachen nicht getroffen worden iſt; Erbgeſ. §. 3. Die geſetzlichen Erben, welche dieſe Sachen acquiriren, ſollen als Legatare betrachtet werden. Von den Folgen dieſer Beſtimmungen wird unten bei der Materie von den Legaten die Rede ſeyn. Außer dieſem Fall erwerben die geſetzlichen Erben den auf ſie fallenden

Antheil der Erbſchaft als Erben; §. 2. Hiebei entſteht die Frage: in welcher Eigenſchaft der in re certa eingeſetzte Erbe erſcheine, wenn der übrige Nachlaß in Mangel einer diesfallſigen Dispoſition an die Inteſtaterben fällt? Gilt in Beziehung auf letztere der ex re certa eingeſetzte Erbe eben ſo als legatarius, wie er dafür gelten würde, wenn er mit mehrern ex parte eingeſetzten Erben concurrirt? (vgl. §. 681.) Das Geſetz enthält darüber keine ausdrückliche Entſcheidung; man glaubt aber die Frage bejahen zu können, theils weil einem ſolchen Erben nach dem Geſetz das jus accrescendi nicht mehr zuſteht. §. 4. des Erbgeſ., theils wegen eines aus §. 3. des Geſ. a. E. abgeleiteten Arguments a contrario. Nur wenn einem Notherben der Pflichttheil loco legitimae eine res certa angewieſen worden iſt, ſoll eine Ausnahme gelten; vgl. Kriegel diss. l. §. 17. Allein um ein argumentum a contrario iſt es immer etwas Mißliches, zumal wenn man neben der daraus abgeleiteten Regel Ausnahmen anerkennen muß. Und was den Wegfall des jus accresc. anlangt, ſo iſt daſſelbe nicht das einzige Befugniß, welches nach gemeinem Recht der heres ex re certa als Erbe in Anſpruch nehmen könnte. Man denke nur an das Recht, die quarta Falcidia abzuziehen, welches einem Legatar nicht zuſteht; vgl. l. 35. §. 1. D. de her. instit. Leyſer sp. 361. m. 17. Volkmann diss. §. 10. ff. Schweppe §. 810. not. 7. Glück XXXIV. §. 1413. a. S. 361. u. unten §. 682 α. Es ſcheint daher richtiger, anzunehmen, daß hier der heres ex re certa, den der Teſtirer als Erben bezeichnet, als Erbe gelte, wenn gleich ihm das jus accrescendi abgeht; vgl. §. 682. not. a.

§. 680.

In dem andern Falle, wenn der Teſtirer mehrere Perſonen zu Erben eingeſetzt hat, iſt ſolches 1. entweder ohne Beſtimmung der Erbtheile, oder 2. mit Beſtimmung der Erbtheile, oder 3. zum Theil mit, zum Theil ohne Beſtimmung derſelben geſchehen. A) Sind mehrere Perſonen ohne Beſtimmung der Erbtheile zu Erben eingeſetzt worden, ſo wird die Verlaſſenſchaft zu gleichen Theilen unter ſie vertheilt [a]). Hat jedoch der Teſtator verſchiedene Sätze oder Abſchnitte gemacht, und in deren jedem eine oder mehrere Perſonen ohne Beſtimmung der Theile zu Erben ernannt [b]), ſo würde die Erbſchaft in eben ſo viel gleiche Theile, als der Teſtirer Sätze gemacht hat, zu vertheilen ſeyn [c]), dafern ſich nicht aus dem übrigen Inhalte des Teſtaments ſchließen läßt, daß deſſen Abſicht geweſen

ſey, ſie alle zu gleichen Theilen einzuſetzen [d]). Gleichergeſtalt würden auch, wenn der Teſtirer eine oder mehrere Perſonen namentlich, andere hingegen collective zu Erben eingeſetzt hätte [e]), letztere nur für eine Perſon zu achten seyn, folglich zuſammen nur eben ſoviel, als jede der benannten Perſonen erhalten, dafern nicht der Teſtirer, daß ſie zugleich, oder zu gleichen Theilen erben ſollten, oder andere gleichbedeutende Ausdrücke beigefügt hätte [f]).

a) l. 9. §. 12. D. de hered. inst. §. 6. I. eod. In dem §. wird der Fall vorausgeſetzt, daß die Verbindung mehrerer copulativ geſchehen iſt. Der Fall einer alternativen Verbindung war nach altem Recht ſtreitig, ward aber durch l. 4. C. de V. S. dahin entſchieden, daß die alternative Partikel für copulativ genommen werden ſolle.

b) z. B. A. ſoll mein Erbe ſeyn; auch B. u. C. ſollen meine Erben ſeyn; D. E. u. F. ſollen ebenfalls meine Erben ſeyn ꝛc.

c) l. 11. l. 13. §. 5. D. eod.

d) l. 12. l. 13. pr. l. 66. D. eod. l. 88. §. 6. D. de legat. 2.

e) z. B. A. u. B. und meine Geſchwiſter ſollen meine Erben ſeyn ꝛc.

f) l. 13. pr. D. eod. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 12. n. 4. Auch das ſächſ. Erbgeſ. hat hierin nichts geändert; vgl. §. 4. des Geſ. Kriegel diss. l. §. 31. S. 68. — Uebrigens tritt bei mehreren in einem Satz verbundenen Perſonen, denen ein Ganzes angewieſen wird, die ſogenannte conjunctio ein, welche unter der Vorausſetzung, daß neben den ſolchergeſtalt verbundenen Perſonen noch andere nicht verbundene vorhanden ſind, ſowohl bei der Theilung des Ganzen, als in Anſehung des jus accrescendi (§. 779. 919.) von Bedeutung iſt, inſofern dabei von der Anſicht ausgegangen wird, daß der Teſtirer die Abſicht, jedem der mehrern Verbundenen das Ganze zuzuwenden, gehabt habe und nur durch die Concurrenz mehrerer eine Theilung veranlaßt werde, l. 59. §. 2. l. 63. D. de her. inst. Dieſe Abſicht wird aber als ausgeſchloſſen angeſehen, wenn der Teſtirer durch irgend einen Zuſatz, wie aequis partibus, zu erkennen gegeben hat, daß jeder der zu einem Ganzen Berufenen nur einen beſtimmten Theil des Ganzen erhalten ſolle; l. 66. D. de h. inst. Die auf dieſe Weiſe verbundenen nennt man verbis conjuncti, d. h. ſolche, die nur den Worten, nicht der Wirkung nach für conjuncti gelten. Entgegengeſetzt dem Fall der conjunctio iſt disjunctio, wenn mehrere in verſchiedenen Sätzen berufen werden. Solche disjuncti werden, wenn ſie zu einem Ganzen berufen ſind, doch in gewiſſer Maaße als conjuncti angeſehen und daher re conjuncti, d. h. verbunden wegen der Be-

rufung zu einem Ganzen, aber nicht der Form nach genannt. Eine ſolche conjunctio iſt ohne Zweifel von Bedeutung bei Collegatarien; ob auch bei Miterben? das läßt ſich allerdings bezweifeln; vgl. §. 890. 919. — Im Allgemeinen, d. h. wenn man den Ausdruck conjunctio im weitern Sinne nimmt, und ſowohl auf Miterben als Collegatare bezieht, giebt es alſo drei Arten conjuncti, 1) die bloßen verbis conjuncti; 2) die bloßen re conjuncti (disjuncti), 3) die eigentlichen conjuncti, die man auch re et verbis, oder mixtim conjuncti nennt.

§. 681.

B) Sind mehrere Perſonen mit Beſtimmung der Erbtheile eingeſetzt worden, ſo ſind die gemeinrechtlichen Beſtimmungen nach Verſchiedenheit folgender Fälle verſchieden: 1) Einem jeden der eingeſetzten Erben iſt eine einzelne Summe oder Sache (res certa) angewieſen [a]); in dieſem Falle bekommt ein Jeder die angewieſene einzelne Sache zum voraus, und die übrige Erbſchaft theilen ſie zu gleichen Theilen [b]). 2) Hat der Erblaſſer jedem der eingeſetzten Erben einen gewiſſen beſtimmten Theil der Erbſchaft (partem quotam) angewieſen, ſo α) erſchöpfen entweder die Theile die ganze Erbſchaft [c]), welchenfalls Jeder den ihm beſtimmten Theil erhält, oder β) die beſtimmten Theile betragen weniger, als das Ganze; welchenfalls der Ueberreſt den ſämmtlichen eingeſetzten Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile anheim fällt [d]); oder γ) ſie betragen mehr als das Ganze, und in dieſem Falle muß ein Jeder nach Verhältniß ſeines Erbtheils ſich etwas abkürzen laſſen [e]). 3) Sind einigen Erben gewiſſe einzelne Sachen, andern aber beſtimmte Erbtheile oder Quoten verſchrieben worden, ſo ſind jene als Legatarien zu betrachten [f]), und bekommen daher bloß die ihnen angewieſenen Sachen, dieſe hingegen vertheilen die Erbſchaft unter ſich nach den ihnen angewieſenen Quoten; könnten oder wollten jedoch die letztern die Erbſchaft nicht antreten, ſo würden jene dieſelbe unter ſich zu vertheilen berechtigt ſeyn [g]). — Das neuere ſächſiſche Recht weicht aber von dieſen Beſtimmungen inſofern ab, als nach demſelben die geſetzlichen Erben in dem Fall 1. u. 2. β. den Theil der Erbſchaft, über welchen nicht disponirt wor-

den iſt [h]), und in dem Fall 3. die vacante Erbportion [i]) nach den für die Inteſtaterbfolge gültigen Regeln acquiriren.

a) ſ. §. 679. not. b.

b) l. 11. l. 35. pr. et §. 1. D. de hered. inst. Leyſer Sp. 361. m. 7. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 12. In dem Text wird übrigens der Fall vorausgeſetzt, daß außer der den Erben angewieſenen res certa noch andere Erbmaſſe vorhanden ſey. Wäre dies aber auch nicht der Fall, erſchöpften vielmehr die res certae die ganze Erbmaſſe, ſo würde doch daſſelbe gelten und anzunehmen ſeyn, daß in Beziehung auf Dritte die verſchiedenen eingeſetzten Erben heredes ex aequis partibus geworden ſeyen; vgl. d. l. 35. pr. §. 1. u. dazu Volkmann diss. l. §. 8. 9.

c) z. B. A. ſoll mein Erbe ſeyn zur Hälfte, B. zu $\frac{1}{3}$, C. zu $\frac{1}{6}$.

d) §. 7. 8. I. de hered. inst. l. 13. §. 2. 3. D. eod.; vgl. darüber und beſonders über die hiermit in Verbindung ſtehende l. 23. C. de legat. Schrader civ. Abh. II. 4.

e) §. 6. I. l. 13. §. 4. seqq. D. eod.

f) l. 13. C. eod. Kind II. 61. Mühlenbruch doctr. pand. §. 666. Thibaut Pand. §. 820. 871. Auch kann ihnen daher das Falcidiſche Viertheil abgezogen werden, l. 10. C. fam. ercisc. Leyſer sp. 361. med. 22. A. M. iſt Volkmann diss. l. §. 12. Schweppe §. 810. not. 1. Ueberhaupt iſt noch die Frage, ob ein heres ex re certa in jedem Betracht, namentlich in Beziehung auf ſeine Miterben, als legatarius anzuſehen ſey? vgl. Hennemann in der ad §. 679. not. b. angef. Schrift n. 1. Volkmann diss. l. §. 16. Gegen die bejahende Beantwortung dieſer Frage wird namentlich angeführt, daß nach der N. 115. der Notherbe, welchem die legitima in re certa angewieſen worden iſt, nicht das ganze Teſtament anfechten, ſondern nur ad supplendam legitimam klagen könne. Nach gem. Recht kommt hinzu, daß der heres ex re certa auch den übrigen Theil der Erbſchaft erhält, wenn kein anderer Erbe dazu exiſtirt, l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. l. 10. 35. pr. §. 2. D. de h. inst. l. 41. §. 8. D. de N. et P. 5., was freilich nach ſächſ. Recht §. 2. des Erbg. anders iſt. Die Frage, ob der heres ex re certa als wirklicher Erbe, oder als Legatar anzuſehen ſey, kam vor in einem Falle, in welchem der in re certa eingeſetzte Erbe vor dem Teſtirer verſtorben war. Wäre das Letztere der Fall, ſo müßte die res certa in der Erbſchaft bleiben; in dem entgegengeſetzten Fall würde dieſelbe den Inteſtaterben zufallen. Für Letzteres entſchied das App.-Gericht zu Leipzig u. das Ober-App.-G. in Sachen Krauſin ./. Reinhardt 1841. an das St.G. zu Leipzig; vgl. übrigens §. 679. not. e.

g) l. 41. §. 8. de vulg. et pup. subst. Berger a. a. O.

h) Erbg. §. 2. seq. Was den Fall sub 1. betrifft, ſo iſt wohl kein Gewicht darauf zu legen, daß §. 2. des Erbg. nur von einem in re certa eingeſetzten Erben ſpricht.

i) Erbg. §. 4.

§. 682.

C) Sind endlich von mehrern Erben einige ohne Beſtimmung der Erbtheile, andere hingegen α) entweder in gewiſſen einzelnen Sachen, oder β) in beſtimmten Erbquoten eingeſetzt worden, ſo ſind α) in dem erſtern Falle die zu einzelnen Sachen oder Summen ernannten Erben bloß als Legatarien zu betrachten [a]), da hingegen die ohne Beſtimmung der Erbtheile eingeſetzten Erben die übrige Erbſchaft zu gleichen Theilen unter ſich zu vertheilen [b]), auch erforderlichen Falls den Erſtern die Falcidiſche Quarte abzuziehen befugt ſind [c]). Wollten oder könnten ſie jedoch die Erbſchaft nicht antreten, ſo würde das Nämliche Statt finden, was im vorigen §. n. 3. in Verbindung mit not. i. bemerkt worden. β) In dem andern Falle, wenn nämlich einige Erben ohne Beſtimmung der Erbtheile, andere hingegen in beſtimmten Erbquoten eingeſetzt ſind, ſo betragen dieſe 1) entweder weniger als die ganze Erbmaſſe, welchenfalls die ohne Beſtimmung der Erbtheile ernannten Erben den Ueberreſt der Erbſchaft unter ſich vertheilen [d]); oder 2) ſie erſchöpfen die ganze Erbmaſſe; oder 3) ſie betragen mehr als die Erbmaſſe. In beiden letztern Fällen bekommen die in den Erbquoten eingeſetzten Erben nur die Hälften derſelben, und die andern Hälften fallen den ohne Beſtimmung der Erbtheile geſchriebenen Erben zu gleichen Theilen anheim [e]).

a) l. 13. D. de hered. instit. Daher ſind auch dergleichen Erben nicht verbunden, zu Bezahlung der erbſchaftlichen Schulden beizutragen, welches Alles auch dann der Fall iſt, wenn einem nothwendigen Erben ſtatt des Pflichttheiles eine res certa ausgeſetzt worden iſt. Kind quaest. for. III. c. 20. II. 61. ed. 2. Inzwiſchen nimmt Volkmann diss. l. §. 15. gleichwohl an, daß der heres ex re certa den Erbſchaftsgläubigern in subsidium hafte, wenn dieſe ohne ihr Verſchulden aus der übrigen Erbmaſſe Zahlung nicht erhalten könnten.

b) l. 41. §. 8. D. de vulg. et pup. subst.
c) 10. C. fam. ercisc.; vgl. §. 681. not. f.
d) §. 6. I. de hered. instituend. l. 17. §. 1. D. eod.
e) d. §. 6. I. eod. l. 87. D. eod.; vgl. 681. n. 2. V.

§. 683.

VI. Die Erbeinſetzung kann entweder unbedingt (pure) oder unter Beifügung einer gewiſſen Bedingung geſchehen [a]). Unter einer Bedingung überhaupt verſteht man die einer Willenserklärung beigefügte Beſtimmung einer Handlung oder eines Ereigniſſes, von deſſen zukünftigem Eintreffen oder Nichteintreffen die Erwerbung oder der Verluſt eines Rechts abhängen ſoll. Da alſo nur diejenige Erbeinſetzung für eine bedingte zu achten iſt, vermöge deren das Erbrecht der im letzten Willen ernannten Perſon von einem künftigen Ereigniſſe abhängt, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, 1) daß, wenn nach des Teſtirers Verordnung das Ereigniß, von welchem das Erbrecht abhängt, ſchon zu der Zeit, da das Teſtament gemacht wird, vorhanden ſeyn, oder ſich zugetragen haben ſoll (conditio in praesens vel in praeteritum collata), ſolches für keine Bedingung zu achten ſey [b]). Außerdem iſt aus der Lehre von den Bedingungen (III. §. 1269. ff.) zu bemerken: 2) Daß Bedingung als etwas durch die Willkühr des Teſtirers Beſtimmtes, nicht ohnehin ſchon Erforderliches gedacht wird [c]), wobei auf Seiten des Beſtimmenden der Wille vorausgeſetzt wird, daß Etwas entweder geſchehe, oder nicht geſchehe [d]). 3) Daß dabei die Möglichkeit vorhanden iſt, es könne das bedingende Ereigniß ſowohl geſchehen als nicht geſchehen [e]).

a) §. 4. I. de verb. obl. l. 9. §. 1. D. de novat. l. 39. D. de reb. cred. Schweppe §. 794—797. 809. Mühlenbruch. §. 648—650. u. was conditiones quae heredis institut. adjiciuntur, anlangt, Chr. Thomasius tr. de filio sub cond. si filius se probaverit inst. Hal. 1736. c. 2.

b) Weil nämlich die Bedingung ein künftiges Ereigniß vorausſetzt, l. 10. §. 1. D. de condit. institut. l. 120. D. de verb. obl. War alſo der Umſtand, von welchem in dem Fall, daß er zur Zeit des errichteten Teſtaments ſchon exiſtirte, der Eintritt des Erb=

rechts nach des Teſtirers Verordnung abhängen ſollte, zur gedachten Zeit noch nicht vorhanden, ſo würde die ganze Erbeinſetzung vergeblich ſeyn; im entgegengeſetzten Falle hingegen würde das Erbrecht ſogleich nach des Teſtirers Tode eintreten, mithin nicht erſt von einem künftigen Erfolge abhängen, l. 37. D. de reb. cred. l. 100. D. de V. O.

c) Vgl. über Vorausſetzungen, durch welche die Erbeinſetzung ihrer Natur nach bedingt iſt, Schweppe §. 794. Mühlenbruch. §. 648. ff. Eine ſolche Bedingung, quae tacite inest, wäre die Einſetzung eines heres voluntarius (§. 672.) unter der Bedingung, si voluerit, anders bei einem heres necessarius, wo dies als Bedingung ausdrücklich beigefügt werden konnte. l. 12. l. 68. 69. D. de h. inst. l. 69. 85. D. de C. et D. l. 3. D. de leg. I. Von ſolchen Bedingungen gilt die Regel: expressa nocent, non expressa non nocent, namentlich in Beziehung auf Poteſtativbedingungen, d. l. 68. l. 77. 195. D. de R. J. Crell. pr. Viteb. 1752. in Opusc. X. 86. Mühlenbruch. in der Fortſ. des Glück'ſchen Comm. XXXVI. §. 1421. n. S. 418. Verſchieden von den Bedingungen, quae tacite insunt negotio, ſind conditiones, welche zwar nicht in der Natur der Sache begründet ſind, jedoch ex praesumta voluntate testatoris für beigefügt angeſehen werden, wenn ſie gleich nicht ausdrücklich beigefügt worden ſind; vgl. l. 102. D. de C. et D. l. 6. C. de inst. et subst. l. 30. C. de fideis. l. 11. §. 10. D. de leg. 3.

d) Daher die Eintheilung in conditiones affirmativae und negativae, je nachdem der Teſtirer die Erbeinſetzung von dem künftigen Eintreffen oder Nichteintreffen eines Ereigniſſes abhängig gemacht hat.

e) Wenn α) das Eintreten oder Nichteintreten erfolgen muß, ſo kann eigentlich nicht von einer Bedingung, ſondern nur von einem dies adjectus die Rede ſeyn. l. 9. §. 1. D. de novat. Nur inſofern iſt eine Ausnahme in Anſehung der hered. institutio, als vorausgeſetzt wird, daß der heres institutus das bedingende Ereigniß erlebe. Dies gilt auch von der conditio mortis; l. 1. §. 2. l. 79. pr. D. de C. et D. l. 9. C. de h. inst. §. 39. J. de legat. Iſt aber β) gewiß, daß das Eintreten oder Nichteintreten nicht erfolgen kann, ſo tritt der Fall der unmöglichen Bedingung (§. 685. ff.), d. h. einer ſolchen, deren Erfüllung unmöglich iſt, ein.

§. 684.

Nach gemeinem Recht kann der Erbeinſetzung nur eine conditio suspensiva, nicht resolutiva[a]), beigefügt, d. h. nur der Erwerb des Erbrechts, nicht die Fortdauer des erworbenen Erbrechts von einer Bedingung abhängig gemacht

werden [b]). Allein das neuere ſächſiſche Recht hat auch dieſe Anſicht des gem. Rechts verlaſſen, und angenommen, daß conditio resolutiva der Erbeinſetzung ebenfalls beigefügt werden kann, ſo daß in dieſem Fall mit Eintritt der Reſolutivbedingungen die geſetzlichen Erben als heredes fideicommissarii eintreten [c]), als ſolche aber die gültigen Verfügungen des Erblaſſers eben ſo erfüllen müſſen, als der eingeſetzte Erbe [d]). Ausnahme gilt auch hier wegen ausdrücklicher Verordnung des Teſtirers [e]).

a) vgl. III. §. 1270.

b) §. 9. I. l. 34. D. de her. inst. Man folgert dies auch aus der Regel, qui semel heres semper heres; vgl. §. 643. not. a. Nach der gewöhnlichen Meinung wird eine Reſolutivbedingung pro non adjecta gehalten. Davon abweichend iſt die Meinung einiger neuern, wie Wening=Ingenheim im Arch. f. civ. Pr. I. 9. Zimmern ebendaſ. VII. 7. Schweppe §. 794. S. 64., welche die beigefügte Reſolutivbedingung da, wo es thunlich (denn überall möchte dies ſchwerlich möglich ſeyn) in eine umgekehrte cond. suspensiva verwandelt wiſſen wollen. Man vgl. dagegen Thibaut im Arch. V. 13. VII. 19. Sell Verſuche im Gebiete des Civil.=Rechts. II. Gießen 1834. §. 57. die cautio Muciana (§. 689.) ſcheint allerdings eine Ausnahme von der Regel herbeigeführt zu haben.

c) Erbgeſ. §. 6.

d) Erbgeſ. §. 5.

e) Erbgeſ. §. 7.

§. 685.

Eine unmögliche Bedingung gilt nur im uneigentlichen Sinne als Bedingung [*]). Unmöglich aber iſt die Erfüllung der beigefügten Bedingung, 1) wenn ſie mit der Natur der Dinge im Widerſpruch ſteht [a]), 2) wenn ſie den Geſetzen [b]), oder der Sittlichkeit [c]) oder dem gemeinen Beſten entgegen läuft [d]). In allen dieſen Fällen wird die Erbeinſetzung als unbedingt angeſehen [e]).

*) vgl. Hofacker. princ. jur. Rom. I. §. 194. 195. II. §. 1334. Sell Verſuche §. 5., der jedoch dieſen Satz auf phyſiſch unmögliche Bedingungen beſchränkt wiſſen will. Ueber conditiones impossibiles im Allg. vgl. außer dem angezogenen Th. II. der Verſuche von Sell, welcher ausſchließlich von den unmöglichen Be=

bingungen handelt, Averan. interpretatt. II. 24. Majans. disp. jur. II. 34.

a) §. 11. J. de inut. stip. l. 137. D. de V. O. l. 6. D. de cond. inst.

b) l. 35. §. 1. l. 137. §. 6. D. de verb. obl. l. 15. D. de cond. inst.

c) l. 15. D. de cond. inst. l. 123. D. de verb. obl. Hierher gehört z. B. die conditio mutandae religionis; ſ. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 13. n. 7. Breuning D. An heres institui possit sub cond., si relig. mutaverit. Lips. 1773. Hagemann u. Günther Arch. III. 8. Jäger in Linde's Zeitſchr. III. 16. S. 315. Sell §. 31. Schweppe §. 794. u. f. Ueber die conditio jurisjurandi vgl. Jäger a. a. O. S. 312. Sell §. 56. Ueber conditio loci non mutandi, Sell §. 48. Schweppe a. a. O. S. 67. Was institutiones captatoriae betrifft, ſ. oben §. 675.

d) z. B. die conditio, si non nupserit, l. 22. l. 72. §. 5. D. de condit. et demonstr. ſ. oben im 1ſten Th. dieſes Handb. §. 81. Sell §. 35—47.

e) §. 10. J. de hered. inst. l. 14. D. de condit. institut. l. 3. D. de C. et D. J. T. Richter Pr. de cond. impossibili ult. voluntati adj. indistincte pro non scripta habenda. Lips. 1756.; gegen H. Becker. d. conditio impossibilis non indistincte pro non scr. habenda. Rostoch. 1754., welcher die Meinung vertheidigt hatte, daß cond. impossibilis nur dann pro non adjecta gehalten werde, wenn der Teſtirer die Unmöglichkeit gekannt hatte; vgl. Sell §. 11. S. 77., welcher cond. impossib. pro non adjecta hält, ohne Rückſicht darauf, ob der Teſtirer die Unmöglichkeit gekannt habe, oder nicht. Andere ſchlagen den §. 686. not. d. erwähnten Mittelweg ein; vgl. Weber not. 3. zu Höpfners Comm. §. 491. Sell Verſuche §. 6. 8. 14. Ueber Fälle, in denen eine cond. impossibilis Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung und namentlich der hered. institutio bewirkt, ſ. denſ. §. 58. ff. Dergleichen Fälle können eintreten nicht bloß bei den ſogen. condit. perplexae (§. 686.); ſondern auch 1) wenn ſich nachweiſen läßt, daß der Teſtirer durch Beifügung der Bedingung die Aufhebung der Dispoſition beabſichtigt; vgl. l. 17. pr. l. 101. f. D. de C. et D. l. 9. §. 5. D. de her. inst. Sell §. 59., wiewohl die angezogenen Geſetze bloß von Legaten ſprechen, welche unter unmöglichen Bedingungen hinterlaſſen worden ſind; 2) wenn aus der Beſchaffenheit der Bedingung Zweifel über den geſunden Verſtand des Teſtirers entſtehen, l. 27. pr. D. de cond. inst. 3) Bei der inst. captatoria; vgl. §. 675. Alles dies verſteht ſich von dem Fall, wenn die conditio impossibilis affirmativa, d. h. ſo gefaßt iſt, daß

das Unmögliche geſchehen ſoll. Im Gegentheil liegt nur eine conditio necessaria, welche eintreten muß, d. h. eigentlich gar keine Bedingung, vor; vgl. §. 683. not. d. Selbſt da, wo keine phyſiſche, ſondern moraliſche Unmöglichkeit vorliegt, läßt ſich wenigſtens nach gem. Recht die Sache nicht etwa ſo anſehen, als ob für den Fall der der Bedingung widerſtreitenden poſitiven Handlung dem sub condit. impossibili negativa eingeſetzten Erben die Erbſchaft wiederum entzogen worden ſey; vgl. §. 684. Anders würde dies nach dem neuern ſächſiſchen Rechte entſchieden werden müſſen, Erbg. §. 6.

§. 686.

Den unmöglichen Bedingungen werden gleichgeſetzt 1) diejenigen, welche ſo unverſtändlich ausgedrückt ſind, daß ſie keinen richtigen Sinn enthalten (conditio perplexa); doch unterſcheide man hierbei, ob durch die beigefügte Bedingung die Erbeinſetzung ſelbſt ſo unverſtändlich wird, daß man gar nicht weiß, wer Erbe ſeyn ſoll [a]), oder ob bloß die Bedingung keinen Sinn hat; in jenem Falle würde die Erbeinſetzung ſelbſt, in dieſem aber bloß die Bedingung für ungeſchrieben zu achten ſeyn [b]); 2) diejenigen, deren Erfüllung den, dem ſie auferlegt worden, der öffentlichen Verſpottung ausſetzen würde (conditiones derisoriae) [c]); 3) diejenigen, deren Erfüllung zwar nicht überhaupt, jedoch aber dem eingeſetzten Erben unmöglich fällt [d]) (conditio difficilis).

a) l. 16. D. de cond. inst. z. B. Si Titius heres erit, Mevius heres esto; si Mevius heres erit, Titius heres esto etc. Sell §. 60. Eine ſolche ſcheint auch in l. 4. §. 1. D. de cond. inst. vorzukommen; vgl. A. Faber. conject. II. 16.

b) d. l. 16. D. eod. l. 2. D. de his, quae pro non script. hab.

c) l. 14. D. de cond. inst. Sell §. 62. 63. über conditiones ineptae Püttmann. de ineptis morientium voluntatibus. L. 1774. in Adversar. I. 11.

d) l. 6. D. eod. l. 137. §. 6. D. de verb. obl. Hommel Obs. 366. Doch nehmen andere Rechtslehrer an, daß man unterſcheiden müſſe, ob der Teſtirer gewußt habe, daß der Erbe die Bedingung zu erfüllen nicht im Stande geweſen ſey, oder ob er ſolches nicht gewußt habe. Im erſtern Falle ſey die Erbeinſetzung als unbedingt anzuſehen; im andern hingegen ſey die Bedingung gültig, und wenn daher der Erbe die Bedingung nicht erfüllen könne, ſo be=

komme er die Erbſchaft nicht, l. 4. §. 1. D. de statu liber. Heineccius Pand. L. 28. T. 7. §. 66.; vgl. §. 683. not. e. u. Hübner. pr. de conditione difficili. L. 1798. Sell §. 11. 53 In dem bisher Bemerkten iſt nur von der im juriſtiſchen Sinne ſogenannten conditio difficilis die Rede. Es kommt aber auch conditio difficilis im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs als eine ſchwer zu erfüllende Bedingung vor, und dieſe iſt wirkſam, d. h. ſie macht, wenn ſie ihrer Schwierigkeit halber nicht erfüllt wird, die h. institutio ungültig; a. l. 4. §. 1. D. de stat. lib. Doch gilt Ausnahme, wenn ſie der Einſetzung eines mit einem Univerſalfideicommiß belaſteteten Erben beigefügt worden iſt. l. 63. §. 7. D. ad SCt. Treb. Jede dieſer beiden Arten der conditio difficilis kann nur bei Poteſtativ- und vermiſchten Bedingungen (§. 687.) vorkommen. Die conditio diff. im juriſtiſchen Sinne enthält übrigens nur einen Fall der relativen Unmöglichkeit; vgl. Sell a. a. O. §. 10. 11. 12. 53. Außerdem kann ein an ſich mögliches Ereigniß unmöglich werden: A) wegen der Umſtände, mit welchen es in Verbindung geſetzt wird, wie, wenn von Leiſtung eines factum die Rede iſt, und 1) das factum von Vorausſetzungen abhängt, welche nicht vorhanden ſind, l. 4. §. 2. l. 26. §. 1. D. de stat. lib. l. 45. D. de her. inst. l. 27. l. 72. §. 7. D. de C. et D., dies iſt der Fall der ſogen. conditio falsa, der ebenfalls die impossibilis c. gleichgeſtellt wird, ohne daß dabei unterſchieden wird, ob der Teſtirer die Unrichtigkeit jener Vorausſetzungen gekannt habe, oder nicht; 2) für die Vollendung des factum eine Zeit vorgeſchrieben iſt, binnen welcher das factum nicht vollendet werden kann, l. 6. D. de cond. inst. In dieſem Fall heißt es evanescit conditio; ob ganz oder nur inſofern, als ſie auf Vollendung in einer beſtimmten Zeit gerichtet iſt? das iſt zweifelhaft. Hier möchte denn doch in Betracht kommen, ob der Teſtirer die Unmöglichkeit kannte, oder nicht. In dem erſtern Fall ſcheint die Meinung von Averan II. 24. §. 42., daß die ganze Bedingung wegfalle, richtig; nicht aber in dem zweiten, wo der Wille des Teſtirers, der doch nie ganz unberückſichtigt bleiben ſoll, erfüllt werden muß, wie er erfüllt werden kann; vgl. Hübner l. 1. c., 1. S. 12. Für relativ unmöglich kann aber auch B) eine Bedingung geachtet werden, welche theilweiſe unmöglich iſt. Auch eine ſolche theilweiſe unmögliche Bedingung gilt pro non adjecta. Es gilt aber auch hier in Fällen, in denen die Bedingung als ein Aggregat mehrerer einzelnen Bedingungen, nicht als ein untheilbares Ganze, erſcheint, die Regel, daß erfüllt werden müſſe, was erfüllt werden kann; l. 6. §. 1. D. de C. et D. l. 12. D. de dote prael. l. 45. D. de her. inst. l. 29. §. 4. D. de leg. 3. l. 112. pr. §. 1. D. de C. et D. l. 4. §. 3. D. de stat. lib. Sell §. 10. Endlich tritt relative Unmöglichkeit C) in Beziehung auf die Zeit ein,

wenn eine ſolche nur für eine beſtimmte Zeit als unmöglich anzuſehen iſt. Dieſe Art der relativen Unmöglichkeit iſt jedoch nur bei Bedingungen anzunehmen, welche nicht den für unwandelbar zu achtenden phyſiſchen oder ſittlichen Geſetzen widerſtreiten. Welcher Zeitpunct nun anzunehmen ſey, um in dieſer Beziehung die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der der Erbeinſetzung beigefügten Bedingung zu beurtheilen? iſt zweifelhaft. Einige beachten die Zeit der Errichtung des Teſtaments; vgl. Hübner pr. l. cap. 1. S. 11. Andere, wie Sell §. 9., die Zeit des Todes des Erblaſſers. Die Frage iſt nun eigentlich die: gilt eine Bedingung, die zur Zeit der Errichtung des Teſtaments unmöglich war, auch dann noch für unmöglich, ſo daß ſie pro non adjecta geachtet wird, wenn ſie zur Zeit des Todes möglich geworden wäre; oder muß ſie dann der Erbe erfüllen? Die von Sell für das erſte angeführten Geſetze enthalten keine directe Entſcheidung über das, was hier in Frage kommt, und laſſen manchen Zweifel übrig. Am angemeſſenſten erſcheint die Anſicht von Hübner, welcher unterſcheidet, ob der Teſtirer die relative Möglichkeit der beigefügten Bedingung kannte oder nicht; und im erſtern Fall Erfüllung derſelben fordert, im zweiten nicht. Der entgegengeſetzte Fall, wenn eine Bedingung, die zur Zeit der Errichtung des Teſtaments möglich war, nachher unmöglich ward, iſt nach andern §. 689. vorkommenden Grundſätzen zu entſcheiden.

§. 687.

Mögliche Bedingungen, welche indeß nach Röm. Recht nicht jeder Erbeinſetzung beigefügt werden konnten [a]), ſind entweder 1) ſolche, deren Erfüllung bloß vom Zufalle und von äußerlichen Umſtänden abhängt [b]), (conditio casualis), oder 2) ſolche, deren Erfüllung in der Macht und Willkühr des eingeſetzten Erben ſteht (conditio potestativa), oder 3) ſolche, deren Erfüllung theils der Wille des eingeſetzten Erben, theils auch andere äußere Umſtände, welche nicht in ſeiner Macht ſind, wohin auch die Willkühr eines Dritten zu rechnen iſt, zuſammen wirken müſſen (conditio mixta) [c]).

a) So namentlich nicht in dem Falle, wenn ein einziger Erbe zu dem einen Theil des Nachlaſſes unbedingt, zu dem andern bedingt eingeſetzt werden ſollte; die beigeſetzte Bedingung ward pro non adjecta gehalten, weil portio deficiens an dem Erben jure accrescendi gelangen mußte. l. 33. D. de her. inst. Auch dieſe Beſtimmung iſt nach ſächſ. Recht durch das Erbgeſ. §. 4. für auf-

gehoben anzuſehen. Eine andere Beſchränkung der Bedingungen bei der Erbeinſetzung ſ. not. c. u. §. 702.

b) l. un. C. de caduc. tollend. Für eine ſolche gilt auch eine Beſtimmung, deren Erfüllung von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht wird, wenn gleich die Erbeinſetzung nicht direct und unmittelbar in das arbitrium des Dritten geſtellt werden kann; vgl. §. 674. l. 68. D. de her. inst.

c) ibid. Verſchiedene Rechtslehrer verwerfen zwar, nicht ohne einigen Grund, den Unterſchied zwiſchen cond. potestativis und mixtis, weil es nicht einzig und allein in der Willkühr des Menſchen beruhe, ob er eine gewiſſe Handlung unternehmen wolle, ſondern auch außerdem erfordert wird, daß er nicht durch zufällige Umſtände daran verhindert werde. Sie nehmen daher an, daß es nur zweierlei Arten der möglichen Bedingung gebe, nämlich die casuales und mixtas. S. Heineccius Elem. jur. sec. ord. Pand. L. 28. T. 7. §. 64. not. *. Thomaſ. in der §. 683. a. angef. diss. §. 2. A. F. Schott Pr. de condit. potestativae figmento; in Opuscc. p. 272. seq. Indeſſen läßt ſich dieſe Diſtinction noch wohl vertheidigen, wenn man ſich dieſelbe ſo denkt, daß eine cond. potest. diejenige ſey, deren Erfüllung unter der Vorausſetzung, daß kein hindernder Zufall dazwiſchen kommt, in der Willkühr desjenigen, deſſen Recht davon abhängt, beruht; eine cond. mixta hingegen eine ſolche, zu deren Weſen es gehört, daß außer der Willkühr deſſen, dem ſie auferlegt worden, auch ein günſtiger Zufall mitwirke, vgl. Schweppe I. §. 116. S. 253. Roßhirt Lehre v. Vermächtniſſen 1. Th. IV. 3. §. 15. — Nach älterm römiſchen Rechte konnte nicht jede dieſer verſchiedenen Arten von Bedingungen der Einſetzung jedes Erben beigefügt werden. Ein suus heres konnte nur unter einer conditio potestativa eingeſetzt werden; Einſetzung eines ſolchen unter einer andern Bedingung galt als praeteritio, wenn nicht zugleich Enterbung für den entgegengeſetzten Fall ausgeſprochen worden war, und machte bei Söhnen das Teſtament nichtig, während bei Töchtern und Enkeln, wenigſtens vor der l. 4. C. de liberis praet., die Bedingung pro non adjecta geachtet ward. Einige Rechtslehrer ſehen jedoch in der erwähnten Beſtimmung ein jus singulare der Söhne; vgl. l. 4. 86. D. de her. inst. l. 28. D. de cond. inst. l. 85. §. 3. D. de cond. inst. l. 20. §. 4. D. de bon. lib. l. 4. C. de inst. et subst. Glück VII. §. 546. S. 73. Mühlenbruch Comm. XXXVI. §. 1421 b. S. 354 ff. XXXVII. §. 1421 i. S. 82. §. 1425 b. S. 213. Francke das Recht der Notherben. Göttingen 1831. §. 4. 5. Es war daher nach älterm Recht von Wichtigkeit, den Begriff der condit. potestativa gehörig feſtzuſtellen; vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 358 ff. in specie über die der Einſetzung eines Sohnes beigefügte Bedingung, si filium se probaverit, l. 83. D.

de C. et D. Thomasius diss. I. cap. 3. In wie fern dieſe Beſtimmung als fortbeſtehend nach Juſt. Recht angeſehen werden könne, hängt in der Hauptſache davon ab, ob man annimmt, daß neben den Verordnungen des Juſt. Rechts das alte Notherbenrecht fortbeſtehe oder nicht; vgl. §. 692. not. q. §. 702. not. l. §. 705. not. a. Nach ſächſiſchem Recht iſt dieſelbe als aufgehoben anzuſehen, Erbg. §. 124.

§. 688.

Dafern nun 1) die Bedingung von einem bloßen Zufalle abhängt, ſo iſt es gleichgültig, ob dieſelbe bei Lebzeiten des Teſtirers, oder erſt nach deſſen Tode in Erfüllung geht [a]). Iſt es hingegen 2) eine ſolche Bedingung, deren Erfüllung zugleich mit von der Willkühr des Erben abhängt, ſo kann dieſelbe eher nicht als nach des Teſtirers Tode gültiger Weiſe erfüllt werden [b]); ausgenommen, wenn die Bedingung ihrer Natur nach ſo beſchaffen iſt, daß ſie bloß bei des Teſtirers Lebzeiten erfüllt werden kann [c]), oder, wenn es erſichtlich iſt, daß dem Teſtirer überhaupt nur an der Erfüllung der Bedingung, ohne Rückſicht auf die Zeit, gelegen iſt [d]).

a) l. 2. l. 11. §. 1. l. 36. D. de cond. et demonstr.; vgl. überhaupt l. 11. 21. 91. D. de C. et D. l. 7. C. de inst. et subst. Averan. interpr. IV. 28. A. E. Endemann de implendae conditionis tempore. Marburg. 1821. Schweppe §. 795. Mühlenbruch §. 650. Caſualbedingungen, die vor Errichtung des Teſtaments in Erfüllung gegangen ſind, gelten ebenfalls für erfüllt, wenn die Erfüllung der Bedingung dem Teſtirer unbekannt geblieben iſt; d. l. 9. 10. §. 1. l. 11. p. §. 1. l. 68. D. de C. et D. Hatte der Teſtirer den zur Zeit der Errichtung des letzten Willens bereits erfolgten Eintritt der Bedingung gekannt, ſo iſt wiederholter Eintritt der Bedingung erforderlich. Ueber den Fall, wenn ein ſolcher Wiedereintritt unmöglich iſt, vgl. §. 689. not. bb.

b) D. l. 2. D. eod. Hätte der Erbe bei des Teſtirers Lebzeiten zufälliger Weiſe diejenige Handlung unternommen, welche der Erblaſſer in ſeinem Teſtamente als Bedingung der Erbeinſetzung vorgeſchrieben hat, ſo würde hierdurch, in der Regel, die Bedingung nicht für erfüllt zu achten ſeyn, weil die Handlung in der Abſicht, dem Teſtamente Folge zu leiſten, unternommen werden muß, woraus ſich von ſelbſt ergiebt, daß ſie nicht eher, als nach des Teſtirers Tode, gültiger Weiſe unternommen werden kann, d. l. 2. D. de cond. et dem. — Uebrigens ſoll conditio potest.

nach dem Tode des Teſtirers ſo bald als möglich erfüllt werden; l. 29. D. de C. et D.; vgl. jedoch l. 23. §. 1. D. de her. inst. 1.; l. 4. de reb. ant. jud. poss.

c) E. g. Titia, si mihi nupserit, heres esto, l. 91. D. eod.

d) l. 10. pr. D. eod.

§. 689.

So lange die der Erbeinſetzung beigefügte Bedingung noch nicht in Erfüllung gegangen iſt, darf ſich der Erbe der Erbſchaft nicht anmaaßen [a]), mithin kann er dieſelbe auch auf den Fall, da er noch vor Erfüllung der Bedingung ſtirbt, nicht auf ſeine Erben transferiren [b]). Doch bemerken wir hierbei: I. Wenn der Erbe unter einer conditione potestativa s. mixta eingeſetzt worden, und ſolche 1) eine affirmative Bedingung iſt, ſo wird dieſelbe für erfüllt geachtet, wenn der Erbe ſie zu befolgen bereit iſt, und die Nichterfüllung nicht an ihm liegt [bb]), ſondern durch unvermeidlichen Zufall [c]), oder weil der Dritte, in deſſen Willkühr die Exiſtenz der Bedingung zugleich mit beruht, ſich dazu nicht verſtehen will, daran verhindert wird [d]); 2) iſt es eine negative Bedingung, oder eine ſolche, wodurch dem Erben etwas zu unterlaſſen auferlegt wird, ſo kann dieſer zwar ſogleich nach des Erblaſſers Tode die Erbſchaft antreten; allein er muß demjenigen, an welchen im Falle der nicht erfüllten Bedingung die Erbſchaft oder ſein Antheil an derſelben fallen würde, Sicherheit leiſten, daß er der Bedingung nicht entgegen handeln, und im Contraventionsfalle die Erbſchaft mit den davon immittelſt erhobenen Nutzungen wiederum ausantworten wolle (cautio Muciana) [e]); doch iſt der Erbe zu dieſer Sicherheitsſtellung alsdann nicht verbunden, wenn die Möglichkeit, der negativen Bedingung entgegen zu handeln, wegfällt [f]). II. Sind mehrere Bedingungen der Erbeinſetzung bloß alternative beigefügt worden, ſo iſt es hinreichend, wenn nur eine erfüllt wird; ſind ſie aber copulative vorgeſchrieben worden, ſo müſſen ſie ſämmtlich erfüllt werden [g]).

a) l. 5. §. 2. D. quando dies legat. Nach gem. Recht iſt bis zu dem Eintritt der Bedingung hereditas jacens, obwohl nach Rö-

miſchem Recht gegen beſtellte Caution der eingeſetzte Erbe bonorum possessio sec. tabulas erhalten konnte, l. 23. pr. §. 2. 3. D. de her. inst.; vgl. §. 642. not. b. Nach neuerm ſächſ. Recht gelangt in der Regel die Erbſchaft pendente conditione interimiſtiſch an die Inteſtaterben, welche die Erbſchaft unwiderruflich erhalten, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, Erbgeſ. §. 6. Jenes interimiſtiſche Recht transmittiren die einmal eingetretenen geſetzlichen Erben auf ihre Erben, ſo lange conditio pendens iſt; vgl. Kriegel diss. l. §. 27. S. 55. Von dem Fall, wenn der eingetretene geſetzliche Erbe gar keine oder wenigſtens keine beſtimmten Erben hinterläßt, ſagt das Geſetz nichts. Gewiß ſcheint jedoch, daß dieſer Umſtand dem sub conditione eingeſetzten Erben pendente conditione nichts hilft, eben ſo wenig aber auch andern geſetzlichen Erben des defunctus a. §. 26. Ausnahme von dieſer Vorſchrift gilt nur theils wegen ausdrücklicher Beſtimmung des Teſtirers §. 7. u. in dem Fall, wenn coheredes vorhanden ſind, unter denen nach §. 4. jus accrescendi eintritt. Auch kann hierher der Fall gerechnet werden, wenn der eingeſetzte Erbe zugleich der nächſte geſetzliche Erbe iſt. Wie weit den nothwendigen Erben dergleichen Bedingungen auferlegt werden dürfen, ſ. unten §. 702. u. §. 687. not. b.

b) d. l. 4. pr. eod. l. un. §. 7. C. de caduc. tollend. Dies iſt auch durch das neuere ſächſ. Recht nicht aufgehoben. Kriegel §. 24. 27. S. 55. §. 28.

bb) l. 23. D. de cond. inst. Schweppe §. 799. Sell §. 55. S. 213 ff. Bei der conditio casualis iſt natürlich dieſer Umſtand gleichgültig, l. 6. C. de necessar. hered. Es fragt ſich, welche Wirkung es habe, wenn eine bloß vorübergehende Impoſſibilität der beigefügten Bedingung zur Zeit der deferirten Erbſchaft eingetreten iſt. Muß der Zeitpunct der wieder eintretenden Möglichkeit abgewartet werden? Daß dies geſchehe, daran hat nach gem. Recht bei einer conditio casualis der eingeſetzte Erbe ein Intereſſe, indem ihm dadurch das deferirte Erbrecht, welches außerdem für immer verloren gehen würde, geſichert wird. Liegt dagegen conditio potest. vor, ſo kann nicht der Erbe, zu deſſen Gunſten die eingetretene Unmöglichkeit bewirkt, daß conditio pro non adjecta gehalten wird, auch nicht der für den Fall der Nichterfüllung an die Stelle des eingeſetzten Erben Tretende aus den §. 684. angedeuteten Gründen, wohl aber der ein Intereſſe haben, zu deſſen Vortheil die den Erben auferlegte conditio potestativa gereicht. Wendet man nun hier das an, was in ähnlichen Fällen bei Geſchäften inter vivos geltend iſt, ſo muß die obige Frage verneint werden, §. 2. I. de inut. stip. l. 83. §. 5. l. 137. §. 6. D. de V. O. Indeß bleibt es immer zweifelhaft, ob eine ſolche Anwendung auf negotia m. c. richtig ſey; vgl. l. 59. §. 1. D. de C. et D. Daß eine

conditio casualis, in Anſehung deren zur Zeit der Delation eine vorübergehende Unmöglichkeit eingetreten iſt, als deficiens anzuſehen ſey, ſcheint die Meinung von Sell §. 9. S. 59.; obſchon nach l. 23. §. 1. 2. D. de her. inst. j. l. 4. D. de reb. aut. jud. poss., ſelbſt bei Bedingungen, die nicht bloß potestativae ſind, dem damit belaſteten Erben eine Friſt officio judicis geſetzt werden kann, und namentlich, wenn für die Erfüllung der Bedingung eine Zeit feſtgeſetzt worden iſt, der Ablauf dieſer abzuwarten ſeyn dürfte; vgl. Endemann §. 15. 17. 19. Nach ſächſ. Recht würde jedenfalls der dies tricesimus abzuwarten ſeyn. Iſt die Rede von einer condit. potestativa, ſo ſcheint der Dritte, welcher von der Erfüllung der Bedingung einen Vortheil zu erwarten hat, dieſen bei wieder eingetretener Möglichkeit nachfordern zu können; a. l. 7. C. de cond. insert. Allein mehr, und namentlich, daß bis zu dem Wiedereintritt der Möglichkeit der Erfüllung das Erbrecht ſelbſt ſuspendirt werde, läßt ſich weder aus dem angef. Geſetz, noch auf andere Weiſe darthun. Nach dem ſächſ. Erbgeſetz beurtheilt, ſcheint die Entſcheidung wenigſtens dann leicht, wenn es darum ſich handelt, ob der eingeſetzte oder der geſetzliche Erbe zur Succeſſion gelange. Nach demſelben würde, wenn von der eingetretenen vorübergehenden Unmöglichkeit einer Caſualbeſtimmung die Rede wäre, der Nachlaß bis zu wieder eingetretener Möglichkeit den Inteſtaterben zu überlaſſen ſeyn. Indeß iſt gleichwohl zu erwägen, daß das Erbgeſetz in Anſehung deſſen, was das implementum conditionis betrifft, nichts Neues angeordnet hat.

c) l. 8. §. 7. D. de condit. institut. l. 24. eod. l. 54. §. 1. 2. D. de legat. 1. l. 91. D. de C. et D. l. 16. D. de man.; vgl. l. 19. D. de stat. lib. C. L. Crell. d. an conditio quae propter casum impleri nequit, pro impleta habeatur. Viteb. 1735. in Opusc. IV. 22. Sell S. 224.

d) l. 3. 11. 23. D. de cond. inst. l. 14. 31. 78. 81. §. 1. D. de C. et D. l. 5. §. 1. D. qu. dies leg. l. 161. D. de R. J. Sell a. a. O. S. 217. Etwas Anderes gilt, wenn ein Dritter, der bei der Erfüllung der Bedingung nicht betheiligt iſt, durch ſein factum die Erfüllung der Bedingung hindert. Hier ſcheint defectus conditionis angenommen werden zu müſſen, jedoch mit Vorbehalt des Schadenanſpruchs gegen den Dritten, wenn derſelbe in facto illicito verſiret hatte, l. 23. §. 2. D. ad l. Aqu. Mildere Grundſätze werden dagegen in l. 40. pr. D. de C. et D. befolgt; vgl. Sell a. a. O. S. 220. — In wie fern bisweilen conditio per aequipollens erfüllt werden könne, ſ. Schweppe §. 795. C.

e) l. 7. 1. l. 18. 63. 71. 73. 77. 79. 101. D. de cond. et demonstr. N. XXII. c. 43. 44. Majanſius D. de cautione Muc. in Ej. Diss. Vol. T. II. diss. 40. p. 106. Joh. Ludw. Conradi D. de caut. Muc. Lips. 1761. Zimmern. de caut. Muc.

Heidelb. 1818. C. J. Stübel. de caut. Muciana. L. 1824. Arndts Beitr. zu verſch. Lehren des Civilrechts 1. n. 4. Dieſe cautio, welche ſowohl in dem Fall des Legats als der her. institutio, nicht aber bei negotiis inter vivos (§. 4. I. de V. O.) vorkommt, ſetzt eine negative Bedingung und zwar eine ſolche voraus, in Anſehung deren die Gewißheit der Erfüllung nicht eher als mit dem Tode deſſen, cui adscripta est conditio, mit Sicherheit angenommen werden kann, wo alſo das Recht des Erben oder Legatars nicht von dieſem ſelbſt, ſondern nur erſt von deſſen Erben hatte erworben werden können. Weil aber das Letztere gegen einen Satz des Pandectenrechts anſtieß, §. 35. I. de legat. §. 12. I. de V. O., den erſt Juſtinian völlig aufhob, l. un. C. ut. act. ab hered. etc., ſo zeigte ſich das Bedürfniß, dem letzten Willen Folge zu geben, ohne gegen jenen Rechtsſatz anzuſtoßen. Freilich geſchah dies durch Verwandlung der cond. suspensiva in eine resolutiva und bei einer der Erbeinſetzung beigefügten Bedingung auf die Gefahr hin, einen andern Rechtsſatz: qui semel heres semper heres; zu verletzen, indem bei nicht erfüllter Bedingung nicht bloß das Legat, ſondern auch die Erbportion mit den erhobenen Nutzungen reſtituirt werden mußte, l. 18. 67. 73. 79. §. 2. D. de C. et D. l. 76. §. 2. D. de leg. 2. Indeſſen ſind doch mehrere und namentlich Roßhirt in der Lehre von Vermächtn. a. a. O. §. 16. S. 387. der Meinung, daß bei eintretender Contravention zwar der Contravenient nicht mehr als Erbe gelte, jedoch der Gegner, cujus interest, nur an die Caution ſich halten könne; vgl. Arndts a. a. O. u. dazu die Recenſ. in der Hall. Litt.-Zeit. v. J. 1840. n. 157. Auf affirmative Bedingungen, ſelbſt wenn ſie die Nothwendigkeit der Fortdauer des durch ein poſitives Factum herbeigeführten Zuſtandes mit ſich führen ſollten, wie z. B. bei der conditio nominis ferendi, iſt caut. Muc. nicht anwendbar. Doch haben, wie aus der diss. von Stübel erhellet, die ſächſ. Dicaſterien nicht überall dieſelbe Anſicht befolgt; vgl. Schweppe §. 835. not. 2. Was den modus cautionis betrifft, ſo ſpricht l. 67. 106. D. de C. et D. von satisdatio; die Nov. 21. c. 44. auch von Pfand und Eid. Bei negativen Bedingungen, deren Implement auch vor dem Tode des Honorirten eintreten konnte, alſo auch bei rein caſuellen Bedingungen, kam caut. Muciana nicht vor. Ausnahme von dieſer Beſtimmung enthält l. 72. pr. §. 1. D. de C. et D., vielleicht auch l. 4. §. 1. D. de cond. inst., obwohl dieſe nicht gerade von der cautio Muciana verſtanden zu werden braucht. Daß die cautio Muciana bei einer bedingten Erbeinſetzung auch dem Inteſtaterben präſtiret werden müſſe, ſcheint aus l. 18. D. de C. et D. hervorzugehen; obſchon Conradi diss. l. §. 3. n. 17. a. M. iſt. Es fragt ſich nun, kann in Sachſen nach der Dispoſition des Erbgeſ. §. 6. das Inſtitut der cautio Muciana noch

als beſtehend angenommen werden? Bei Legaten gewiß; auch bei der Erbeinſetzung in dem Fall, in welchem ein ſubſtituirter Erbe oder coheredes vorhanden ſind, und im letztern Fall nach §. 4. jus accrescendi Statt findet. Kann ſie aber außerdem auch den Inteſtaterben aufgedrungen werden? Dies ſcheint nach der allgemeinen Dispoſition des §. 6. verneint werden zu müſſen; es würden demnach in einem ſolchen Fall die geſetzlichen Erben eintreten und den dem eingeſetzten Erben beſchiedenen Erbtheil als ein fideicommissum mit der Beſtimmung, cum moriatur heres institutus, den Erben deſſelben abtreten; vgl. §. 35. I. de leg. Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLI. §. 1461. S. 205. §. 1464.

f) l. 7. §. 1. l. 106. D. de cond. et demonstr. l. 20. pr. D. de cond. inst.

g) §. 11. I. l. 27. §. 2. D. de hered. instituend. l. 5. D. de condit. institut. l. 78. D. de C. et D. Was copulativ oder disjunctiv ſey, iſt quaestio facti. Copulativ verbunden ſind alle die einzelnen Handlungen, welche erfordert werden, um die conditio herzuſtellen. Einen Fall, wo mehrere Bedingungen, welche der Form nach disjunctiv angeordnet zu ſeyn ſcheinen, dennoch für copulativ gelten; ſ. l. 6. C. de inst. et subst.; vgl. auch unten die Bemerk. sub 3. Iſt von den mehrern Bedingungen die eine unmöglich, ſo iſt natürlich nur die mögliche Bedingung zu erfüllen, aber auch der Erfüllung der möglichen Bedingung bedarf es nicht, wenn die andere conditio turpis und mit jener alternative verbunden war, l. 8. §. 5. D. de cond. inst. Außerdem verdient noch bemerkt zu werden 1) der Fall, wenn eine Bedingung von mehreren Perſonen zu erfüllen iſt; hier iſt die Erfüllung entweder etwas Theilbares, oder nicht. In dem erſten Fall genügt, daß Jeder ſeinen Theil erfülle, l. 56. D. de O. et A.; in dem zweiten Fall muß die Bedingung ganz erfüllt werden; allein auch ein Einzelner kann die Erfüllung bewerkſtelligen mit der Wirkung, den ihm beſchiedenen Vortheil zu erlangen, l. 44. D. de her. inst. l. 112. pr. §. 2. D. de C. et D. l. 6. C. de cond. inst. 2) Eine und dieſelbe Bedingung kann Mehreres zugleich bedingen. Hier ſind die Ausnahmen von der Regel, daß die Bedingung dem, was durch ſie bedingt werden ſoll, ausdrücklich beigefügt ſeyn müſſe, zu erwähnen. Dahin gehört, daß das einem Erben ausgeſetzte Prälegat auf dieſelbe Weiſe bedingt angenommen wird, wie die Erbeinſetzung, l. 18. §. 1. D., de cond. inst. l. 27. pr. D. de C. et D.; vgl. jedoch §. 749. Eben ſo iſt ein Legat, das von einem bedingt eingeſetzten Erben hinterlaſſen worden iſt, ſelbſt ein bedingtes, l. 107. D. de C. et D.; vgl. auch l. 63. D. de leg. 3. l. 108. D. de C. et D.; nicht minder wird in dem Fall, wenn etwas pure hinterlaſſen, jedoch sub conditione entzogen worden iſt, angenommen, daß das Hinterlaſſen ſelbſt sub contraria conditione

erfolgt ſey, l. 10. D. de adim. vel term. f. leg. l. 107. D. del. et D. 3) Wenn Erbeinſetzung einmal pure und dann wieder bedingt bewirkt worden iſt, ſo prävalirt die unbedingte Einſetzung, l. 27. §. 1. 2. l. 67. D. de her. inst. Selbſt in dem Fall, wenn die hered. institutio ex eadem parte mehreremal, und jedesmal unter verſchiedenen Bedingungen erfolgt wäre, die eine Bedingung aber erfüllt worden iſt, wird die Sache ſo angeſehen, als ob institutio pura u. conditionala vorliege. Bei Legaten entſcheidet dagegen scriptura novissima, l. 12. §. 3. D. de leg. 1. l. 87. 89. D. de C. et D.

§. 690.

Sobald die Bedingung in Erfüllung gegangen, oder doch für erfüllt zu achten iſt (§. praec.), ſo wird die Erbeinſetzung als eine vom Anfange an unbedingte angeſehen, und der Erbe iſt daher befugt, Alles, was vorher (pendente conditione) in Rückſicht auf die Erbſchaft zu ſeinem Nachtheil unternommen worden, als ungültig anzufechten [a]). Iſt hingegen der Erbe, noch ehe die Bedingung in Erfüllung gegangen, verſtorben, oder die Zeit, binnen welcher ſie nach Verordnung des Teſtirers erfüllt werden ſollte, verfloſſen, oder es ereignen ſich ſolche Umſtände, daß alle Möglichkeit, die Bedingung zu erfüllen, verſchwindet, ſo bleibt auch die Erbeinſetzung nicht bei Kräften, ſondern es wird dafür angeſehen, als wäre ſie nie geſchrieben worden [b]).

a) l. 105. D. de cond. et demonstr. Mühlenbruch §. 108. 649. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLI. §. 1461. 1462. Anders verhält ſich das in Folge des ſächſ. Erbgeſ. §. 6., nach welchem die Erfüllung der Bedingung bewirkt, daß die inmittelſt eingetretenen Erben als fiduciarii zur Reſtitution gehalten werden. Ob und wie weit die inmittelſt von denſelben getroffenen Dispoſitionen angefochten werden können? das iſt nach Analogie der Fideicommiſſe zu beurtheilen; vgl. Kriegel diss. l. §. 26. 27. Mehr davon unten.

b) l. 82. D. de hered. instituend. l. un. §. 7. C. de caduc. toll. Nach dem ſächſ. Erbgeſ. §. 6. erhalten nun die Inteſtaterben ein unwiderrufliches Recht.

§. 691.

Wie übrigens die Erbeinſetzung durch beigefügte Bedingungen eingeſchränkt wird, ſo kann ſolches auch durch

Zeitbeſtimmungen geſchehen, obwohl mit Unterſchied. I. Hat nämlich der Teſtirer einen gewiſſen beſtimmten Zeitpunkt, von welchem man ſchon vorher mit Gewißheit angeben kann, wenn er eintreten werde, feſtgeſetzt, und dabei verordnet, daß die im Teſtamente eingeſetzte Perſon entweder bis zu dieſer Zeit, oder erſt von dieſer Zeit an Erbe ſeyn ſolle, ſo wird, nach gem. Recht, vermöge des Grundſatzes: Nemo pro parte test. etc. auf dieſe Zeitbeſtimmung keine Rückſicht genommen, ſondern der Erbe erhält ſogleich nach des Teſtirers Tode die Erbſchaft, und bleibt auch, der Verordnung des Teſtirers ungeachtet, immerfort Erbe [a]), während nach neuerm ſächſ. Recht bis zu dem Eintritt des dies a quo oder dies ad quem in der Regel die geſetzlichen Erben eintreten [b]). II. Iſt die beigefügte Zeit ungewiß, d. h. iſt die Zeit, zu welcher der Erbe die Erbſchaft erhalten ſoll, nach einem Ereigniſſe beſtimmt, von welchem man 1) noch nicht weiß, ob es je eintreffen werde, ſo iſt eine ſolche Zeitbeſtimmung für eine Bedingung zu achten [c]). Iſt hingegen 2) die Zeit nach einem ſolchen Ereigniſſe beſtimmt, von welchem man zwar gewiß weiß, daß es eintreffen werde, nicht aber, wann es eintreffen werde, ſo iſt eine ſolche Zeitbeſtimmung nur dann als eine Bedingung anzuſehen, wenn es ungewiß iſt, ob ſich das Ereigniß bei Lebzeiten des Erben oder nach ſeinem Tode zutragen werde [d]).

a) §. 9. I. de hered. instit. l. 34. l. 88. D. eod. Majans. de certo tempore h. inst. adject. in diss. I. 33. Schweppe §. 798. 809.; vgl. §. 643. Mühlenbruch XLI. §. 1465.

b) Erbgeſ. §. 6. Kriegel §. 24. Auch hier tritt ein ähnliches Verhältniß wie bei den Fideicommiſſen ein. Als heres fiduciarius gilt bei einem dies ex quo der geſetzliche Erbe; bei einem dies ad quem der heres institutus. Hiernach würde es in Sachſen kein Bedenken haben, ein erſt noch zu errichtendes Inſtitut als Erben einzuſetzen.

c) l. 75. D. de condit. et demonstr. Außer wenn derſelbe bloß als terminus solutionis beigefügt iſt. Schweppe a. a. O. Mühlenbruch §. 651. Ueber die Bedingung, si sine liberis decesserit, Z. Huber. casus enucl. qu. X. c. 2. Averan. interpr. IV. 1.

d) Arg. l. 79. pr. §. 1. D. eod. Der Zeitpunct iſt, wenn von dem Tode eines Dritten die Rede iſt, als tempus incertum anzuſehen, weil es ungewiß bleibt, ob der Eingeſetzte dieſen Zeitpunct erleben

werde. Glück und Geiger Rechtsf. II. 17., dagegen liegt gar keine beſchränkende Zeitbeſtimmung vor, wenn die Rede iſt von dem Tode des Erblaſſers. Der Zeitpunct des Todes des Erben gilt dagegen als dies certus. Nur ein Zeitpunct post mortem heredis konnte ſonſt namentlich für Legate nicht feſtgeſetzt werden; vgl. §. 689. not. e. Der Zeitpunct, der durch das Alter einer beſtimmten Perſon fixirt iſt, gilt als Bedingung. Wenn das Alter als terminus a quo feſtgeſetzt worden iſt, ſo gilt dies in der Regel als Bedingung, ſobald ſich nicht nachweiſen läßt, daß das Alter nur den terminus solutionis beſtimmen ſolle; vgl. l. 22. pr. l. 26. §. D. qu. dies leg. ced. l. 49. §. 2. 3. D. de leg. 1. l. 54. D. de C. et D. Iſt dagegen das Alter als term. ad quem, bis zu welchem etwas dauern ſoll, feſtgeſetzt, ſo iſt dies als Zeitbeſtimmung anzuſehen; vgl. l. 12. C. de usufr. Aetas wird bisweilen auch nur unbeſtimmt, z. B. si ad legitimam aetatem, ad statum suum pervenerit, bezeichnet. Welches Alter dann anzunehmen ſey? vgl. l. 4. C. de his qui ven. aet. H. z. T. wird der Zeitpunct der erlangten Volljährigkeit in Betracht kommen. Uebrigens wird in der Regel das erfüllte Altersjahr vorausgeſetzt, l. 40. pr. §. 1. D. de leg. 1. l. 48. D. de C. et D. l. 41. D. de man. test. l. 74. §. 1. D. ad Sct. Treb.; vgl. Hommel obs. 374. Günther rechtl. Bem. n. 1. — Ueber modus, demonstratio, caussa, welche auch bei der hered. inst. vorkommen können, ſ. das Nähere unten §. 775. ff. Doch iſt, was modus betrifft, ſchon jetzt zu bemerken, daß die neuern Rechtslehrer, wie Mühlenbruch §. 652. Roßhirt Lehre v. Vermächtniſſen I. cap. IV. 3. c. 20., und vielleicht vor ihnen ſchon der Verf. des Handb. annehmen, daß modus bei der Erbeinſetzung nur als conditio oder fideicommiſſariſche Beſtimmung wirke.

§. 692.

B. Von der nothwendigen Erbeinſetzung.

Nothwendige oder Noth-Erben, heredes necessarii, nennt man, wenn der Begriff der Nothwendigkeit auf den Teſtirer bezogen wird, diejenigen, welche der Teſtirer von ſeinem Nachlaß nicht willkührlich ausſchließen darf [a]). Dieſer Notherben, denen ein Anſpruch auf einen beſtimmten Theil des Nachlaſſes zugeſtanden wird, giebt es zwei Arten, I. ſolche, welche von dem Teſtirer gar nicht ausgeſchloſſen werden können, mithin den ihnen beſtimmten Theil des Nachlaſſes als eine wahre Schuld zu fordern haben [b]). Dieſe Art der Notherben, welche nicht immer

zur Erbfolge ab intestato berechtiget oder Verwandte ſind, machen ihre Anſprüche nicht bloß gegen Teſtamentserben, ſondern auch gegen heredes ab intestato geltend, jedoch ohne daß im erſtern Fall das Teſtament, in welchem ihre Anſprüche unbeachtet geblieben ſind, ungültig wird [c]); II. ſolche, welche der Teſtirer unter gewiſſen Vorausſetzungen von der Erbſchaft ausſchließen darf [d]). Bei dieſen Notherben, die immer Verwandte des Erblaſſers und zur Inteſtaterbfolge berechtigt ſeyn müſſen [e]), iſt nach vorjuſtinianiſchem Recht zu unterſcheiden, A) das Recht auf den geſetzlich beſtimmten Pflichttheil, Pflichttheilsrecht, welches durch unbillige Entziehung oder Verkürzung des Pflichttheils verletzt wird (test. inofficiosum). B) Das Recht zu fordern, daß man in dem Teſtament entweder als Erbe bedacht, oder unter Beobachtungen gewiſſer Formen enterbt werde; Notherbenrecht im engern Sinne, welches durch Uebergehen in dem Teſtament, praeteritio [f]), verletzt wird. Diejenigen, welche wegen Präterition das Teſtament als ungültig anfechten können, ſind es, welchen in der Sprache der heutigen Juriſten förmliches Notherbenrecht zukommt. Es ſind dies bloß Deſcendenten und zwar nach Civilrecht nur die, welche sui heredes waren, d. h. zur Zeit des Todes unmittelbar unter der väterlichen Gewalt des Teſtirers ſich befunden hatten [g]), anfänglich bloß Söhne, ſpäter aber auch Töchter und Deſcendenten der Söhne [h]), nach prätoriſchem Recht alle Deſcendenten, welche entweder sui geweſen waren, oder doch bei dem Eintritt gewiſſer Umſtände hätten ſeyn können [i]), gleichviel übrigens, ob ſie in dieſer Eigenſchaft ſchon zur Zeit des errichteten Teſtaments vorhanden waren, oder ſpäterhin eintraten [k]). Verletzung des in dem Civilrecht begründeten Notherbenrechts macht, daß das Teſtament entweder als nichtig von Anfang, wegen Uebergehung der zur Zeit der Teſtaments-Errichtung vorhandenen Notherben [l]), oder als ruptum per agnationem posthumi angeſehen wird [m]). In allen übrigen Fällen verletzter Notherbenrechte wird das Teſtament zwar als an ſich gültig betrachtet, jedoch die Reſciſſion deſſelben durch die

geeigneten Rechtsmittel, von prätoriſchen Notherben durch bonorum possessio contra tabulas [n]), von den übrigen durch querela inofficiosi [o]) herbeigeführt, was in beiden Fällen ebenfalls Ungültigkeit des ganzen Teſtaments zur Folge hatte [p]). Dieſe Rechte der Notherben haben in dem Juſt. Recht durch N. 115. weſentliche Modificationen erhalten, indem dies Geſetz, wenn auch nicht das förmliche Notherbenrecht der civilrechtlichen Notherben ausdrücklich aufhob [q]), dennoch in Anſehung der Deſcendenten und Adſcendenten, die ſchon früher vorbereitete Anknüpfung an das Pflichttheilsrecht bewirkte, die Vorausſetzungen, unter denen eine Ausſchließung ſolcher Notherben erfolgen konnte, näher beſtimmte [r]), als Folge einer widerrechtlichen Ausſchließung aber lediglich Ungültigkeit der Erbeinſetzung eintreten ließ [s]).

a) Vgl. oben §. 672. Hübner disp. test. cap. 9. Glück VI. §. 543. XXXV. §. 1420. S. 81. Ueber Notherbenrechte nach deutſchem Rechte Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XXXVIII. §. 1425 f.

b) Dahin gehören nach gem. Rechte: die arme Wittwe in Beziehung auf die Verlaſſenſchaft des verſtorbenen Ehemanns, N. 117. c. 5. Glück Inteſt.-Erbf. §. 118 ff., beſonders §. 125. Francke Notherbenrecht §. 37.; der arrogatus impubes in Anſehung der quarta, die er als aes alienum aus der Verlaſſenſchaft des pater arrogans erhalten mußte, l. 22. §. 1. D. de adopt. l. 8. §. 15. D. de inoff. test. l. 22. §. 1. D. de collat.; vgl. §. 180. not. g. Francke Notherbenr. §. 37. Nach ältern deutſchen und ſächſiſchen Geſetzen gehörten hierher auch die Gerade- und Heergeräthserben, ſowie nach der Meinung Vieler die Frau in Anſehung der portio statutaria, vgl. Hübner l. l. Daſſelbe würde auch von dem Manne in Anſehung der ehemaligen successio in den Mobiliarnachlaß der Ehefrau gelten. Doch konnten die Ehegatten nach ſächſ. Recht dieſer Succeſſionsrechte ſich unwürdig machen; vgl. c. 26. p. III. und dazu Carpzov; Excurſe I. S. 273. 286. Haubold Handb. des S. P. R. §. 319. — Nach neuerm ſächſ. Recht würden als ſolche heredes necessarii gelten die Landes-Verſorgungs- und Heilanſtalten in Anſehung des Nachlaſſes der in ſolche Anſtalten aufgenommenen Perſonen, gewiſſermaßen auch Adoptivkinder; vgl. §. 58. 125. 127. des Erbg. Der Antheil, welchen dieſe Notherben erhalten, verſteht ſich zwar immer nur nach Abzug der Schulden; ſind aber dieſe berichtigt, ſo wird jener Antheil ſelbſt als aes alienum betrachtet, und von der vorhandenen Activ-Maſſe

im Voraus abgezogen, ſo daß hier eigentlich nicht von einem Pflichttheil die Rede ſeyn kann; vgl. §. 698. n. 6.

c) Vgl. Hübner l. l. die Klage, welche ſolchen Notherben zuſteht, iſt act. familiae erciscundae.

d) Vgl. Glück a. a. O. Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. in Th. XXXV. XXXVI. XXXVII. u. XXXVIII. init. Außerdem A. Heise de successoribus necessariis. Götting. 1802. A. G. Förster. de bon. poss. liberor. praeterit. c. tabulas parent. Berol. 1823. und zwar der erſte Theil dieſes ſchätzbaren Werks. Valett Notherbenrecht. Göttingen 1826. W. Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Göttingen 1831.

e) Nach dem Juſtinian. Recht iſt daran kein Zweifel. Ueber das ältere Recht vgl. l. 6. D. de inoff. test. u. dazu Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 a. S. 141. §. 1421 e. S. 339. Andere Anſichten hegt Madihn Miscellen n. 34. §. 8. ff.

f) Enterbung, exheredatio, iſt die Erklärung, daß Jemand nicht Erbe ſeyn ſolle. Sie ſteht alſo der Erbeinſetzung entgegen und zwiſchen beiden liegt Uebergehung, praeteritio, innen. Enterbung und Präterition haben eine juriſtiſche Bedeutung nur in Beziehung auf Noth- oder Pflichttheilserben; l. 132. pr. D. de V. O. Enterbung war nach dem ältern römiſchen Recht Sache der Willkühr, bis die Theorie über test. inofficiosum ſich herausgebildet hatte. Nach dieſer Theorie ward, um den Notherben auszuſchließen, justa caussa erforderlich, die jedoch nicht im Teſtament angeführt zu ſeyn brauchte. Enterbung ohne justa caussa ward nun als Verletzung einer Pflicht der Pietät betrachtet. Späterhin ward der Anſpruch der Notherben auf einen gewiſſen Theil des Nachlaſſes, Pflichttheil, legitima, beſchränkt, der aber nicht gerade titulo institutionis hinterlaſſen zu ſeyn brauchte. Praeteritio der Deſcendenten von Seiten des Vaters oder eines väterlichen Aſcendenten, in deſſen Gewalt jene zur Zeit des errichteten Teſtaments ſich befunden hatten, galt dagegen als Mangel in der Form des Teſtaments. In allen andern Fällen ward ſie als Enterbung behandelt; vgl. Glück VII. §. 551.; das Weitere unten §. 705.

g) Mühlenbruch XXXVI. 1421. h. Francke §. 2.

h) l. 4. C. de lib. praeter. Mühlenbruch XXXVII. §. 1422. Francke §. 4. 14.

i) Förſter in dem zweiten Theil der angez. Schrift. Mühlenbruch XXXVII. §. 1421. i. Francke §. 10—14.

k) Posthumi veri ſind die, welche nach Errichtung des Teſtaments geboren werden und als sui heredes des Teſtirers eintreten. Quasi posthumi, welche durch Adoption oder Einrücken in die Stelle eines verſtorbenen suus heres die Eigenſchaft der sui heredes erlangen;

vgl. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 154 ff. Francke §. 3. 5. Nach älterm Recht, nach welchem personae incertae nicht eingeſetzt werden konnten, machten posthumi veri in jedem Fall das test. ruptum; vgl. unten §. 728. Allein dies Bedenken gegen die Fähigkeit der posthumi im Teſtament eingeſetzt zu werden, verſchwand bald (vgl. §. 673. not. a.), und nun war die Möglichkeit gegeben, durch Einſetzung oder Enterbung der posthumi zu verhindern, daß das test. ruptum ward. Nun ward es aber auch, was quasi posthumi anlangt, von Wichtigkeit, Formeln zu erfinden, welche die möglichen Fälle einer agnatio posthumi umfaßten, um hiernach die Einſetzung oder Enterbung derſelben auszuſprechen. Nach dieſen für verſchiedene Fälle der Agnation aus Geſetzen (lex Junia Velleja) abgeleiteten oder durch die Juriſten erfundenen Formeln unterſchied man posthumi Aquiliani, Vellejani, Juliani; §. 2. I. de exher. lib. Außerdem ward auch eine formula generalis für wirkſam angeſehen, l. 3. §. 5. D. de injust. rupt. irr. test. l. 29. D. de lib. et posth.; vgl. Mühlenbruch a. a. O. und die Zuſammenſtellung S. 286. Dieſe Formeln ſcheinen auch nach neuerm Recht nicht überflüſſig, wenn auch die Notherbenrechte der posthumi durch N. 115. weſentlich verändert worden ſeyn ſollten.

l) §. 12. I. de her. quae ab int. l. 16. in fin. D. de V. et P. S. l. 30. D. de lib. et posth. l. 1. 17. D. de injust. rupt. irr. test. Glück VII. §. 551. S. 288. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 349. Bei Töchtern und Enkeln trat jedoch nach älterm Recht nicht Nullität des Teſt. ein, ſondern ſie accreſcirten dem eingeſetzten Erben in gewiſſen Verhältniſſen; vgl. l. 4. C. de lib. praet. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 339.

m) Die Wirkung war dieſelbe, wie bei dem test. nullum; nur daß hier Nichtigkeit des Teſtam. nicht gleich vom Anfang an, ſondern erſt mit dem Augenblick, in welchem der Eintritt des posthumus gewiß ward, eintrat, und wenn von der agnatio eines posthumus verus die Rede war, vor der Geburt des posthumus die Gültigkeit des test. in suspenso blieb, l. 1. C. de lib. et posth.; vgl. unten §. 728. Francke §. 7. Mühlenbruch a. a. O. S. 347. Welches Rechtsmittel hatten die posthumi, um ihre Rechte geltend zu machen? Ohne Zweifel daſſelbe, welches andern suis heredibus zuſtand, die querela nullitatis juris antiqui oder richtiger eine hereditatis petitio qualificata (vgl. §. 958.) ex caussa intestati. Doch findet ſich auch, daß posthumi als berechtigt zur querela inofficiosi genannt werden, l. 6. pr. D. de inoff. test. l. 8. D. de lib. et posth. Eben ſo konnten ſie bonor. poss. contra tabulas nachſuchen; l. 1. §. 2. 5. D. l. 2. C. de bon. poss. c. tab. Mühlenbruch XXXVII. §. 1421 i. S. 71.

n) Bonorum possessio ſetzt ein nicht ſchon an ſich ungültiges, ſondern

wenigſtens nach prätoriſchem Recht gültiges Teſtament und ein von dem beeinträchtigten Notherben in der beſtimmten Friſt angebrachtes Geſuch um Ertheilung der bon. poss. voraus. Wird dies Geſuch nicht angebracht, ſo bleibt das Teſtament beſtehen, l. 10. §. 3. l. 14. pr. l. 19. D. de bon. poss. c. tab. Förſter II. §. 80. 81. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421. h. S. 327. not. 18. XXXVII. §. 1421. i. S. 6. §. 1425 b. S. 244.

o) Daß ein test. inofficiosum an ſich gültig ſey, ſ. l. 2. D. de inoff. test. Daher konnte wenigſtens nach dem Recht des Codex die querela inoff. nur bei dem Mangel eines anderweiten Rechtsmittels gegen das Teſtament angeſtellt werden; §. 2. I. de inoff. test. l. ult. C. de lib. praet.; vgl. jedoch l. 8. §. 12. D. de inoff. test. Püttmann Adversar. I. 6. Francke §. 22. S. 287. Mühlenbruch XXXV. §. 1421 e. S. 358.

p) Sowohl wenn bon. poss. c. tab., als auch wenn querela inoff. angeſtellt worden war, fielen die legata weg; l. 8. §. 16. D. de inoff. test. Förſter II. §. 121. Glück VII. §. 557. 558. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. c. S. 362. XXXVII. §. 1421. i. S. 17.; doch wurden im Fall der erlangten b. p. c. t. Legate gewiſſen Perſonen (personae exceptae) gewährt, l. 1. D. de leg. praest. c. tab. Förſter §. 137 ff. Mühlenbruch XXXVII. S. 21.; und auch bei einem als inofficiosum reſcindirten Teſtament mußten in einigen Fällen die hinterlaſſenen Legate präſtirt werden, l. 17. §. 1. l. 18. l. 29. §. 2. D. de inoff. test. l. 14. §. 4. D. de appell. Dagegen blieb der erhaltenen bonor. poss. c. tab. ungeachtet substitutio pupillaris, l. 34. §. 2. D. de V. et P. S. Beide Rechtsmittel, die querela inoff. u. b. poss. c. tab., ſind indeß darin weſentlich verſchieden, daß bei der b. p. c. tab. bei dem eingeſetzten Erben gar nichts verbleibt, l. 13. pr. D. de b. p. c. t., obwohl derſelbe, wenn er ſelbſt Notherbe war, dem Geſuch des Uebergangenen um bonor. poss. c. t. beitreten konnte, l. 3. §. 11. D. de bon. poss. c. t. Förſter II. §. 78. 79. Mühlenbruch a. a. O. S. 32., bei der qu. inoff. hingegen der obſiegende Kläger immer nur den ihm gebührenden Erbtheil fordern konnte. Daher bei letzterer auch eine partielle Reſciſſion möglich war und der Fall eintreten konnte, daß ein Teſtirer ſowohl von den Teſtamentserben als von den Inteſtaterben beerbt ward, die dann im Verhältniß zu einander als Miterben betrachtet wurden. Dies verſtieß gegen die §. 691. angef. Regel u. führte zu manchen Verwickelungen, welche weitläufiger zu berühren hier nicht der Ort iſt; vgl. überhaupt Glück VII. §. 551. S. 309. §. 557. 558. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. c. S. 343. 374. 392. 434. Francke §. 20. 23. Uebrigens galt unter mehrern gleichberechtigten Notherben, welche zur querela inoff. oder bon. poss. c. tab. ſelbſtſtändig berechtiget waren, ein jus accrescendi, l. 23. §. 2.

D. de inoff. test. l. 3. §. 9. l. 4. 5. D. de bon. poss.; vgl. Francke §. 21. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. a. S. 400.

q) Ob zur Zeit der Nov. das alte Notherbenrecht in der That noch beſtand, oder ſchon durch l. 30. C. de inoff. test. ſo gut als aufgehoben worden ſey, iſt die Frage, welche Francke §. 26. S. 342 ff. aus erheblichen Gründen bejahen zu müſſen glaubt. A. M. iſt Mühlenbruch Comm. XXXVII. §. 1422. S. 103., welcher dieſer Anſicht vornehmlich l. 4. C. de lib. praet. entgegenſetzt; vgl. not. praec.

r) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 1423. S. 119. §. 1425 b. S. 257. §. 1425 c. S. 339. Inſofern die Novelle die Urſachen, aus welchen Enterbung der Deſcendenten und Aſcendenten (denn von dieſen allein iſt in dem Geſetz die Rede) fixirte, und zugleich vorſchrieb, daß eine ſolche Urſache in dem Teſtament ausdrücklich angeführt ſeyn müſſe, läßt ſich allerdings annehmen, daß durch die Nov. allen in derſelben genannten Perſonen eine Art des förmlichen Notherbenrechts ertheilt ward; vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 191. A. M. iſt Glück VII. §. 557. S. 343. mit den Anhängern des ſogenannten Correctionsſyſtems, welche das, was die N. in Anſehung der Enterbungsurſachen vorſchreibt, nicht als etwas die Form der Ausſchließung Betreffendes anſehen, obwohl die Nothwendigkeit der allegatio jeden Falls für eine Form angeſehen werden muß.

s) N. 115. c. 3. 4. in fin. Wenn man nach dieſen Beſtimmungen nun die Frage aufwirft: Was von dem alten Notherbenrecht noch übrig geblieben ſey, ſo ſcheint die richtige Antwort darauf folgende: 1) in Anſehung der Form der institutio und exheredatio iſt durch die N. im Ganzen nichts verändert worden (vgl. §. 705. not. a.). 2) In Anſehung der Folgen, welche Verletzung des Notherbenrechts herbeiführt, iſt das alte Notherbenrecht für gänzlich beſeitiget durch die N. anzuſehen. Es giebt alſo keine Nullität, wegen Uebergehung der sui heredes, kein Recht der prätoriſchen Notherben, das Teſtament durch bon. possessio anzufechten, ſelbſt kein test. per agnationem posthumi ruptum in dem Sinne des ältern Rechts mehr, ſondern für alle in der Nov. erwähnte Notherben bloß ein Recht, die ihre Rechte verletzende Erbeinſetzung anzufechten, und dadurch die Inteſtaterbfolge für alle zur Inteſtaterbfolge berufene, nicht bloß, wie nach älterm Recht bei der qu. inoff., für den Kläger, der die querela anſtellt und durchführt, herbeizuführen. Sind daher Deſcendenten verletzt, ſo tritt für ſie, wenn ſie klagen und obtiniren, Inteſtaterbfolge unmittelbar ein; wogegen in dem Fall, wenn verletzte Aſcendenten klagen, Inteſtaterbfolge nur im Allgemeinen eröffnet wird, an die Kläger aber nur dann kommt, wenn ſie die Reihe der Inteſtaterbfolge trifft; vgl. c. 3. in fin. und

cap. 4. der angezogenen Novelle. Dies iſt wenigſtens die Anſicht derer, welche mit Stryck us. mod. V. 2. §. 7. 8. de caut. test. XIX. §. 47. Leyser. sp. 359. m. 7. sp. 361. m. 18. Wernher. p. IV. obs. 132. Francke §. 29. 30. Mühlenbruch doctr. pand. §. 776. und Comm. §. 1425. c. S. 338 ff. das von Letztern ſogenannte Derogationsſyſtem vertheidigen. Anderer Meinung ſind die Anhänger des ſogen. Correctionsſyſtems, welche, von dem Satz ausgehend, daß die Nov. das alte Recht nicht ausdrücklich aufgehoben, ſondern nur in gewiſſen Puncten abgeändert, namentlich die Enterbungsurſachen fixirt habe, jenes ältere Recht im Ganzen noch für fortbeſtehend anſehen, und die Beſtimmungen der Nov. nur eintreten laſſen in Anſehung derer, welche durch die Nov. erſt Notherbenrechte erhalten haben, und derer, welche früher ſchon Notherbenrechte hatten, wenn ſie entweder ohne eine in der Nov. beſtimmte Urſache ausgeſchloſſen worden ſind, oder die angeführte Urſache nicht bewieſen werden kann. Die Vertheidiger dieſer Anſicht weichen unter einander, mehr oder weniger, in Beſtimmung der Grenzen ab, innerhalb welcher ſie dem ältern Recht Gültigkeit zugeſtehen. Es kann hier von einer weitläufigen Prüfung dieſer beiden verſchiedenen Syſteme nicht die Rede ſeyn, vielmehr muß in dieſer Beziehung auf Glück VII. §. 551. S. 324. 335 ff. Mühlenbruch Comm. a. a. O. S. 344. 345. verwieſen werden. Für das Derogationsſyſtem iſt entſcheidend: die Einfachheit des Notherben- und Pflichttheilsrechts, zu welcher man mittelſt deſſelben gelangt, und welche Juſtinian ohne Zweifel beabſichtigte (ſo auffallend es übrigens auch bleibt, daß derſelbe Rechtsſätze, die mit dem alten Notherbenrecht in Verbindung ſtehen, und kurze Zeit vorher von ihm ausdrücklich anerkannt, ja zum Theil erweitert worden waren, abgeſchafft haben ſollte, ohne dies auf andere Weiſe auszuſprechen, als in den ziemlich allgemein gehaltenen Aeußerungen am Ende des dritten und vierten Capitels der Novelle); während das entgegengeſetzte Syſtem zu manchen Verwickelungen führt und ſchwerlich conſequent ſich durchführen läßt. Gegen das Derogationsſyſtem ſind in neuerer Zeit erhebliche Ausſtellungen gemacht worden von M. S. Mayer in dem bereits angef. Buch, die Lehre v. dem Erbrecht nach dem heut. r. Recht 1. Th. (Berlin 1840.) §. 101. ff. In Sachſen ſcheint die const. 9. P. III. die Anſicht des Derogationsſyſtems zu beſtätigen, vgl. §. 799. not. a. Auf die Beſtimmung des neuen Erbgeſ. §. 124., nach welcher sui heredes kein eigenthümliches Recht vor Andern haben ſollen, würde eine ſolche Behauptung nicht in jeder Beziehung ſich gründen laſſen, da nach dem Recht vor der Novelle auch ſolche Notherbenrechte hatten, welche nicht sui heredes waren. Nimmt man übrigens das Derogationsſyſtem als das gültige an, ſo bleibt immer noch die Frage: mit welchem

Rechtsmittel der verletzte Notherbe das Teſtament anfechten könne; ob mit der querela inofficiosi, oder mit einem neuen, auf die Vorausſetzungen der N. ſelbſt gegründeten, remedio nullitatis. Auch bleiben, wenn Letzteres angenommen wird, über die Beſchaffenheit dieſer Nullität manche Fragen zu beantworten übrig. Mehr darüber unten §. 709. 725. 958.

§. 693.

Inſofern von dem Anſpruch der im vorherg. §. unter II. erwähnten Notherben, von denen jetzt das Nähere angegeben werden ſoll, auf einen beſtimmten Theil des Nachlaſſes die Rede iſt, kommt in Betracht: I. welche Perſonen ſind es, die einen ſolchen Anſpruch haben? II. in wie weit müſſen ſie in dieſen Theil eingeſetzt werden? III. in welchen Fällen dürfen ſie davon ausgeſchloſſen werden, und wie muß dieſe Ausſchließung geſchehen? — So viel I. die Perſonen betrifft, welche nothwendig eingeſetzt oder enterbt werden müſſen, ſo ſind es 1) die Deſcendenten [a]) und zwar α) ohne Unterſchied des Geſchlechts; β) ſie mögen Deſcendenten des erſtern oder entfernterer Grade, γ) zur Zeit des errichteten Teſtaments bereits geboren ſeyn oder nicht, δ) in der väterlichen Gewalt ſich noch befinden oder nicht; 2) die Adſcendenten ebenfalls ohne Unterſchied, ſie mögen nun Adſcendenten α) von väterlicher oder mütterlicher Seite, β) des erſtern oder entfernterer Grade ſeyn, γ) die Deſcendenten in väterlicher Gewalt gehabt haben oder nicht [b]); ferner 3) nach gem. Recht die Geſchwiſter, ſofern der Teſtirer eine ehrloſe oder anrüchige Perſon eingeſetzt hat [c]); 4) nach neuerm ſächſiſchen Recht die Ehegatten [d]). — Die Rechte aller dieſer Notherben ſind wenigſtens nach neuerm Recht dadurch bedingt, daß der Notherbe den Anfall der Erbſchaft erlebt habe [e]). Allein auch dies vorausgeſetzt ſind Notherben der vorerwähnten drei erſten Claſſen nicht gleichzeitig, ſondern nur in der Ordnung, in welcher ſie zur Inteſtaterbfolge berufen werden, Anſpruch an den Nachlaß zu machen berechtiget; es können mithin nur Notherben derſelben Claſſe gleichzeitig mit einem ſolchen Anſpruch auftreten, die Notherben einer folgenden Claſſe aber nicht, ſo

lange Notherben der vorhergehenden Claſſe vorhanden ſind [f]). Anders iſt dies nach ſächſ. Recht in Anſehung des Notherbenrechts der Ehegatten, da ſie gleichzeitig mit Verwandten, die Notherben ſind, zur Inteſtaterbfolge gelaſſen werden [g]).

a) l. 4. C. de lib. praet. not. h. non licet. C. de lib. praet. N. 115. c. 3. c. 9. P. III. Erbgeſ. §. 55.

b) N. 115. c. 4. angez. const. 9. p. III. Erbgeſ. §. 55.

c) l. 27. C. de inoff. test. N. 1. pr. §. 2. — Daß unter der im § angeſetzten Vorausſetzung die Geſchwiſter, wenigſtens germani und consanguinei, die querela inofficiosi anſtellen konnten, iſt gewiß. Ob ſie aber unter derſelben Vorausſetzung mit dem Pflichttheil abgefunden werden konnten, darüber wird geſtritten. Einige Rechtslehrer leugnen nämlich, daß für die Geſchwiſter eine legitima angeordnet worden ſey, und behaupten dagegen, daß die Geſchwiſter, gleichviel, ob eingeſetzt oder nicht, einer ſtatt ihrer oder neben ihnen eingeſetzten persona turpis das dieſer Beſchiedene zu entreißen das Recht haben; vgl. Marezoll in Linde's Zeitſchr. I. 7. und dagegen Glück XXXV. §. 1421. 1421 a. In Sachſen hat zwar das Erbgeſ. §. 64. den Geſchwiſtern den Anſpruch auf Pflichttheil abgeſprochen; damit iſt aber nicht genug geſchehen, um jenen Streit wenigſtens nach ſächſ. Recht für beſeitigt anzuſehen. Inzwiſchen ſcheint, was erwähnten Streit betrifft, die gemeine von Glück und Mühlenbruch vertheidigte Meinung theils wegen der Worte der angez. Novelle, theils weil doch Geſchwiſtern keine ſtärkern Rechte zugeſtanden werden können, als Deſcendenten und Aſcendenten, die richtigere. Dies vorausgeſetzt, können aber Geſchwiſter wenigſtens nach ſächſ. Recht nicht mehr als Notherben betrachtet werden.

d) Erbgeſ. §. 66—73. 75. 76. 78. 79. 89.

e) Schon nach älterm Recht ertheilte das prätoriſche Edict eine bonorum possessio secundum tabulas gegen ein test. ruptum per agnationem posthumi, wenn der posthumus ante testatorem wieder verſtorben war; vgl. §. 728. Daſſelbe läßt ſich freilich nicht mit gleichem Recht von dem Fall behaupten, wenn ein zur Zeit des Teſtaments vorhandener und übergangener suus heres ante testatorem verſtorben war; pr. I. de exher. lib. Francke Notherbenrecht §. 9. S. 115. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 309. Dagegen ſetzte die alte querela inofficiosi voraus, daß der Notherbe den Teſtirer überlebt habe, Glück VII. §. 554. S. 390. XXXV. §. 1421 e. S. 392. Und nach der N. 115. ſcheint der im §. aufgeſtellte Satz allgemein behauptet werden zu

können. Glück a. a. O. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 256 ff. Francke §. 30. S. 386.

f) Entferntere Notherben können daher, vermöge des ihnen ſelbſtſtändig zuſtehenden Rechts, ihre Rechte nur in zwei Fällen geltend machen, A) wenn der vorgehende Notherbe vor dem Teſtirer verſtorben iſt, Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 259. XXXIX. §. 1432. S. 6. B) Wenn der vorgehende Notherbe den Teſtirer zwar überlebt, aber von der querela keinen Gebrauch macht, oder dieſelbe nicht durchführt; in dieſem Fall trat nach älterm Recht eine succeſsio in querelam ein, l. 14. 31. D. de inoff. test. Glück VII. §. 554. S. 378. Mühlenbruch XXXV. 1421 e. S. 474. Francke §. 21. S. 277 ff. Eine ſolche succeſsio, die auch bei der bonor. poſseſsio vorkam, l. 1. D. de succ. edict. und bei der geſetzlichen Erbfolge noch jetzt vorkommt, hat an ſich nichts Auffallendes, inſofern ſie eben auf den Grundſätzen der Inteſtaterbfolge beruhet. Nur das kann auffallend erſcheinen, daß ſie auch Statt findet, wenn der vorhergehende Notherbe die qu. inoff. angeſtellt, aber nicht durchgeführt hat, ſondern unterlegen iſt. Der Satz, den man zur Begründung der succeſsio auch für dieſen Fall anführen könnte und auch wirklich anführt, daß ein Teſtirer, der den nächſten Notherben auszuſchließen berechtiget iſt, dennoch die Pflicht habe, den entferntern zu berückſichtigen, ehe er einen Fremden einſetzt (vgl. Francke S. 277. Mühlenbruch S. 475.), bedarf ſelbſt noch einer Begründung und wird durch l. 9. §. 2. D. de lib. et poſth. ziemlich zweifelhaft. Ob übrigens die succeſsio bei der ältern querela inoff. nur eine succeſsio ordinum oder auch eine succeſsio graduum war, darüber ſind die Meinungen getheilt; vgl. Glück a. a. O. S. 378. Mühlenbruch S. 463. Francke S. 283. Wichtiger für uns iſt die Frage, ob auch in Beziehung auf das durch N. 115. begründete Rechtsmittel eine succeſsio Statt finde. Francke §. 30. S. 286. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 264. leugnen dies. Indeß die Gründe derſelben ſind nicht gerade überzeugend. Sie gehen von dem Satz aus, daß die succeſsio bei der alten querela eine Anomalie geweſen ſey; allein auch wenn dies wahr wäre, ſo würde doch um ſo weniger folgen, daß eine succeſsio, wie ſie bei der Inteſtaterbfolge Statt findet, bei dem Rechtsmittel aus der N. ausgeſchloſſen bleibe, da ja eben nach der N. in dem Fall der Verletzung der Rechte der in dem Geſetz genannten Notherben Inteſtaterbfolge in ihrem ganzen Umfange eintreten ſoll. Nur daran läßt ſich nicht mit Unrecht zweifeln, daß die succeſsio der Aſcendenten auch dann noch Statt finde, wenn die vorhandenen Deſcendenten bereits geklagt, aber unterlegen waren. Denn in dieſem Fall waren dieſe als gehörig enterbt anzuſehen, und daß gleichwohl hier nach älterm Recht eine succeſsio in querelam Statt

fand, erſcheint nach Obigem allerdings als Anomalie. Das neuere ſächſ. Recht ſcheint §. 55. des Erbg. verb.: ſo weit ſie — die Succeſſ.=Ordn. betrifft; darauf hinzuweiſen, daß wie bei der Inteſtaterbfolge, ſo auch in Anſehung des Befugniſſes wegen verletzter Pflichttheilsrechte zu klagen eine successio eintrete. Allein dieſe successio wird beſchränkt durch Erweiterung des Transmiſſionsrechts §. 8. und durch die Beſtimmung über Verzicht auf die vermöge des Geſetzes angefallene Erbſchaft oder Erbportion §. 111., nach welcher auch die Deſcendenten des Verzichtenden von der Succeſſion auszuſchließen ſind.

g) Erbg. §. 66—70. Etwas Aehnliches gilt von dem Pflichttheil der Adſcendenten, inſofern ſie mit pflichttheilsberechtigten Adoptivkindern concurriren; vgl. §. 695. not. n.

§. 694.

II. Die nothwendigen Erben müſſen, wenn das Teſtament bei Kräften bleiben ſoll, wenigſtens in einem gewiſſen Theile der Erbſchaft, welchen man den **Pflichttheil** nennt, eingeſetzt werden [a]). Der Pflichttheil wird als eine Schuld betrachtet, mit welcher man dem Notherben verhaftet iſt [b]), die jedoch unter gewiſſen Umſtänden, d. h. wenn rechtmäßige Enterbungsurſachen vorliegen, verwirkt werden kann, und in Anſehung deren ein Forderungsrecht jeden Falls nur erſt mit dem Daſeyn einer Erbſchaft, alſo nicht bei Lebzeiten des Verpflichteten, eintritt [c]). Er iſt ferner ein Theil der Erbportion, welchen der Notherbe erlangt haben würde, wenn Inteſtaterbfolge eingetreten wäre [d]), und muß den Deſcendenten und Adſcendenten titulo institutionis hinterlaſſen werden [e]). Der Betrag dieſes Pflichttheils iſt 1) in Anſehung der Kinder, wenn zur Zeit des Todes des Erblaſſers vier oder weniger vorhanden ſind, der dritte Theil, und, wenn deren fünf oder mehrere ſind, die Hälfte deſſen, was ſie aus der Verlaſſenſchaft des Vaters oder der Mutter erhalten haben würden, wenn dieſe ohne Teſtament verſtorben wären [f]). Ein Gleiches findet auch nach gemeinem Recht in Anſehung der Geſchwiſter in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil zukommt (§. 693.) Statt, mithin beträgt derſelbe, wenn ihrer vier oder weniger ſind, den dritten Theil, und wenn ihrer mehrere ſind,

die Hälfte deſſen, was ſie ab intestato erhalten hätten [g]). 2) Der Pflichttheil der Aeltern beſteht ohne Unterſchied des Grades jedesmal in dem dritten Theile der Verlaſſenſchaft [h]). 3) Der Pflichttheil der Ehegatten iſt in der Regel ein Drittheil, und nur wenn der hinterbliebene Ehegatte mit leiblichen, aus rechtmäßiger Ehe erzeugten Kindern des Verſtorbenen concurrirt, ein Viertheil des Nachlaſſes [i]).

a) Z. Huber. de casibus enucl. quaest. for. Franequ. 1712. c. 6. Joh. Ortw. Weſtenberg D. de legitima; in deſſen Opuscc. Hanov. 1746. Leyſer Sp. 91. Möller die Lehre v. Pflichttheil. Amberg und Sulzbach 1801. 2. Theil. Glück VII. §. 544 ff. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 e. ff. Ueber den Pflichttheil der Deſcendenten insbeſondere Gottſchalk in der Zeitſchrift II. XIX.

b) Vgl. Glück VII. §. 546. Aber freilich eine Schuld, welche nur von dem reinen Beſtand der Erbſchaft zu entrichten iſt, der alſo die Schulden, welche der Erblaſſer bei Lebzeiten contrahirt hatte, ſowie die auf deſſen Beerdigung und Regulirung des Nachlaſſes verwendeten Koſten vorgehen, l. 8. §. 6. D. de inoff. test.

c) Viventis nulla est legitima; vgl. Thomaſius in der §. 698. not. a. angef. diss. Glück VII. §. 548. S. 110. Gottſchalk disc. III. 22. ed. 1. Dies hindert aber nicht, daß Dispoſitionen inter vivos, die in fraudem legitimae geſchehen ſind, angefochten werden können; vgl. §. 698.

d) Alſo portio portionis; nicht portio hereditatis, l. 8. §. 6. 8. D. de inoff. test., was durch N. 18. c. 1. 2. nicht abgeändert worden iſt. Haubold. ad Berger. Oec. II. 4. 16. not. z. Wernher obs. III. 82. no. 2. Glück VII. §. 544. S. 29. und mehrere daſ. not. 9. et 10. angef. Rechtslehrer. Mühlenbruch Comm. §. 1421 b. S. 256. Schweppe §. 956. Gottſchalk in der Zeitſchr. a. a. O. §. 1. A. M. u. daß der Pflichttheil portio hereditatis ſey, ſind abgeſehen von denen, welche wie Berger l. l. und der Verf. des Handb. §. 964., nur minder genau ſich auszudrücken ſcheinen, beſonders Madihn in dem bei Glück S. 43. not. 23. angef. Programm und in deſſen Miscellen, n. XXXIV. Die Sache iſt von practiſcher Wichtigkeit, freilich dann nicht, wenn außer den Notherben keine andern geſetzlichen Erben vorhanden und jene insgeſammt auf den Pflichttheil eingeſetzt worden ſind, wohl aber in allen andern Fällen, wie Glück a. a. O. S. 29. ff. zeigt. Wie nichtig die Anſicht Derer ſey, welche den Pflichttheil als portio hered. betrachten, und zu welchen Ungereimtheiten ſie führe, das haben Glück u. Mühlenbruch a. a. O. treffend gezeigt. In Sachſen iſt nach dem Erbgeſ. der

Pflichttheil der Ehegatten portio hereditatis, §. 66—70.; aber auffallend genug ſcheint §. 56. auch der Pflichttheil der Verwandten als eine portio des Nachlaſſes bezeichnet zu werden; daher denn auch Albrecht a. a. O. §. 108. v. Hartitzſch, Darſt. des im K. S. gültigen Erbrechts, von dem Pflichttheil als Theil des Nachlaſſes ſprechen. Eben ſo bezeichnete in dem ältern Recht c. 8. 12. p. III. u. dec. 47. v. 1661. den Pflichttheil der Aeltern als portio hereditatis; obgleich ſchon Carpzov, p. III. c. 9. def. 28. c. 12. def. 10., den Pflichttheil als portio ejus, in quo quis successurus est ab intestato, definirt; vgl. Gottſchalk a. a. O. S. 328. J. W. III. 89., womit die Antwort auf die ebendaſ. n. 86. aufgeſtellte Anfrage gegeben ſeyn dürfte.

e) Vgl. §. 699. n. 1. §. 703. n. 1. Leyſer sp. 356. m. 1. 2. Berger Oec. II. 4. th. 15. Hommel obs. 547. Kind II. 61. p. 262. Inzwiſchen ſcheint die Meinung, daß zwar die genannten Notherben als Erben eingeſetzt werden müſſen, der Pflichttheil ſelbſt aber nicht gerade titulo institutionis hinterlaſſen zu werden brauche, die richtigere, §. ult. I. l. 8. §. 6. D. de inoff. test. N. 18. c. 1. N. 115. c. 5.; vgl. Müller ad L. obs. 628. Glück VII. §. 548. S. 110. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 d. S. 317. XXXVI. §. 1421 h. S. 351. XXXVII. §. 1423. S. 137. §. 1425. S. 190. 1425 b. S. 213. Nach ſächſ. Recht folgert man aus den Worten der c. 9. 10. p. III. *titulo honorabili*, daß wenigſtens der Pflichttheil der Deſcendenten und Aſcendenten titulo institutionis hinterlaſſen werden müſſe, obgleich die Schlußworte der const. mehr die entgegengeſetzte Anſicht zu beſtätigen ſcheinen; vgl. Carpzov def. 1. Haubold P. R. §. 341 b. n. 1.

f) Nov. 18. c. 1. ſonderl. Conſt. 2. Erbgeſ. §. 56.

g) Arg. d. Nov. 18. Stryck de caut. test. c. 17. §. 25. Hofacker a. a. O. §. 1715. Joh. Gottfr. Bauer D. de eo, quod justum est circa formam exheredationis, §. 1. in Opuscc. T. I. p. 104. Dieſer Punct iſt jedoch nicht außer Streit; vgl. Overbeck Med. 204. Glück VII. §. 544. S. 27. Marezoll in Linde's Zeitſchr. I. 11. V. 12. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 b. S. 238 ff. Daß nach dem ſächſ. Erbgeſ. §. 64. den Geſchwiſtern in keinem Fall der Pflichttheil gebühre, iſt bereits bemerkt worden.

h) Arg. de Nov. 18. c. 1. Conſt. 12. P. III. Deciſ. 47. v. J. 1661. Erbgeſ. §. 56. Ueber das gem. Recht vgl. Glück diss. de constituenda legit. port. parent., in deſſen opusc. fasc. 3.; ingl. Comm. VII. §. 544. S. 52 ff.

i) Erbgeſ. §. 67—70.

§. 695.

Soviel A) den Pflichttheil der Kinder betrifft, ſo bemerken wir α) in Abſicht auf ihre Perſonen, 1) daß auch die nach einem öffentlichen Verlöbniß erzeugten Kinder, deren Aeltern an der Vollziehung der Ehe verhindert worden, den Pflichttheil zu fordern berechtigt ſind [a]). 2) Uneheliche Kinder müſſen zwar von der Mutter den Pflichttheil erhalten [b]), der Vater aber kann ſie gänzlich übergehen [c]); ſind hingegen 3) dergleichen Kinder durch nachfolgende Ehe legitimirt worden, ſo genießen ſie mit den ehelichen Kindern völlig gleiche Rechte [d]). 4) Wie weit die durch Landesherrliches Reſcript legitimirten Kinder auf des Vaters Verlaſſenſchaft Anſprüche machen können, ſ. oben §. 176. 177. 5) Adoptirten Kindern, die nach gem. Recht aus der Verlaſſenſchaft des Adoptivvaters nur in dem Fall der Arrogation, und außerdem, wenn ſie Deſcendenten des Adoptivvaters waren, den Pflichttheil anzuſprechen hatten, im letztern Fall aber auch den Pflichttheil aus dem Nachlaß des leiblichen Vaters anſprechen konnten [e]), gebührt nach ſächſ. Recht der Pflichttheil aus dem Nachlaß des Adoptivvaters und der Adoptivmutter gleich den leiblichen Kindern [f]), ſelbſt wenn der Adoptionsnexus wieder aufgehoben worden ſeyn ſollte [g]), dafern nicht in dem Adoptionsvertrag etwas Anderes beſtimmt worden iſt [h]).

a) Deciſ. 49. v. J. 1661.; vgl. Erbg. §. 55. u. unten §. 842.

b) §. 3. I. ad Sct. Orphit. l. 5. C. eod.; vgl. §. 844. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 a. S. 158. Erbgeſ. §. 17. 55.; vgl. oben §. 56.

c) Stryck de caut. test. c. 17. §. 8. 9. Erbg. §. 18. 55.

d) l. 10. in f. C. de natural. lib. Nov. 89. c. 8. Mühlenbruch a. a. O. S. 143. Erbgeſ. §. 20. 56. ſ. auch unten §. 842. u. Th. I. §. 174.

e) l. 10. pr. l. 5. C. de adopt. N. 118. c. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 161—188.

f) Erbgeſ. §. 58. ſ. auch unten §. 842. u. Th. I. 182.

g) Erbgeſ. §. 54.

h) Erbgeſ. 48. 58. Und zwar ohne Unterſchied, ob ſie plene adoptirt worden ſind oder nicht, §. 47. des Erbg. Doch ſoll der Pflicht=

theil der pflichttheilsberechtigten Blutsverwandten durch Adoption weder geſchmälert noch gar in Wegfall gebracht werden. Es bleibt daher den pflichttheilsberechtigten Adſcendenten der Anſpruch auf den Pflichttheil, wenn der Verſtorbene bloß Adoptivkinder hinterlaſſen haben ſollte, und zwar nach dem Betrag von einem Drittel des ganzen Nachlaſſes; vgl. §. 704. Ueber die Concurrenz mit leiblichen Deſcendenten vgl. §. 697. Wir ſetzen hierbei voraus, daß das Geſetz unter dem allgemeinen Ausdruck „dazu berechtigte Blutsverwandte" von Verwandten des Adoptirenden ſpricht; denn in Anſehung der Verwandten des Adoptirten enthält ſchon §. 53. die erforderliche Beſtimmung.

§. 696.

β) In Abſicht auf die Berechnung des Pflichttheils bemerken wir: 1) Wenn Kinder und Enkel zuſammen kommen, ſo treten die letztern an die Stelle ihrer Aeltern, doch ſo, daß, wenn deren mehrere von einem Sohne oder einer Tochter abſtammen, ſolche nur für eine Perſon zu rechnen, und hiernach der Betrag des Pflichttheils zu beſtimmen iſt [a]). Sind Enkel allein vorhanden, und dieſe ſtammen von mehreren bereits verſtorbenen Kindern des Teſtirers ab, ſo wird der Pflichttheil nach der Zahl der Stämme beſtimmt [b]); ſtammen ſie hingegen nur von einem Sohne oder von einer Tochter ab, ſo wird er nach der Zahl der Perſonen berechnet [c]).

a) Berger Oec. L. II. Tit. IV. th. 16. n. 4. Carpz. P. II. c. 12. d. 11. Erbgeſ. §. 56.

b) Carpzov u. Berger a. d. a. OO. Stryck caut. test. cap. 17. membr. 1. §. 22. Glück VII. §. 544. S. 60. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 b. S. 272. Erbg. §. 56 i. §. 33.

c) Carpzov, Berger und Stryck a. d. a. OO. A. M. iſt mit Recht Glück a. a. O. S. 64. Mühlenbruch a. a. O. S. 276. und dieſe Meinung ſcheint auch die des neuern ſächſ. Rechts; Erbgeſ. §. 56. a. E. i. §. 33.

§. 697.

2) Wenn der Vater eines ſeiner Kinder rechtmäßig enterbt hat, ſo wird daſſelbe bei der Berechnung des Pflichttheils der übrigen Geſchwiſter mitgezählt [a]), und eben ſo 3) auch diejenigen Kinder, welche entweder ſchon bei der

Aeltern Lebzeiten auf die Erbſchaft Verzicht geleiſtet, oder nach deren Tode ſich davon losgeſagt haben [b]); keineswegs aber diejenigen, welche noch vor den Aeltern verſtorben ſind [c]). 4) Wenn leibliche Kinder mit Adoptivkindern concurriren, ſo ſoll der Pflichttheil der erſtern durch die Adoption nicht geſchmälert werden; und es ſind jene bei Berechnung des Pflichttheils der letztern jedesmal mitzuzählen, die Adoptirten hingegen bei Berechnung des Pflichttheils der leiblichen Deſcendenten nur dann, wenn es dieſen zum Vortheil gereicht [d]). Von den durch Landesherrliches Reſcript legitimirten Kindern ſ. oben §. 177. n. 3.

a) Arg. l. 8. §. 8. D. de inoffic. test. Huber praelect. ad Tit. D. de inoff. test. §. 14. Wernher P. III. Obs. 82. Pufendorf T. I. Obs. 228. Hommel Obs. 199. Haubold not. c. zu Berger a. a. O. Doch ſind Berger a. a. O. Carpzov P. III. c. 10. d. 12. u. Stryck a. a. O. §. 21. anderer Meinung; vgl. über dieſe Streitfrage Glück VII. §. 549. S. 124., welcher der im Text vorgetragenen Meinung beipflichtet, den Fall ausgenommen, in welchem der Enterbte aus irgend einem Grund überhaupt der Erbfolge verluſtig geworden ſeyn würde, auch wenn er nicht durch Enterbung ausgeſchloſſen worden wäre. Dieſe Ausnahme, die auch noch h. z. T. in Sachſen vorkommen könnte, vgl. Erbg. §. 104., wird mit Recht als unſtatthaft verworfen von Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 b. S. 263. Gottſchalk a. a. O. §. 2. — Uebrigens folgt hieraus keineswegs, daß der Theil, welcher auf den Enterbten fallen würde, den in der legitima eingeſetzten Erben zu Theil werde, denn dieſe können bloß den Drittheil oder die Hälfte deſſen, was ſie ab intestato erhalten hätten, verlangen. Wenn alſo z. B. der Teſtirer 5 Kinder hätte, und deren eins enterbte, 2 auf den Pflichttheil ſetzte, und 2 simpliciter zu Erben einſetzte, ſo würden, wenn z. B. die Erbmaſſe 10,000 Rthlr. betrüge, die in der legitima eingeſetzten jeder 1000 Rthlr. als die Hälfte der portionis ab intestato, die übrigen beiden aber jeder 4000 Rthlr. erhalten, ſ. l. 8. §. 8. D. de inoffic. test.; vgl. Glück a. a. O. S. 125. Ein jus accrescendi in Bezug auf die Summe des Pflichttheils findet nicht Statt. Der Antheil, welcher auf den Enterbten gefallen ſeyn würde, wenn er nicht enterbt worden wäre, bleibt in der Erbmaſſe. Glück a. a. O. S. 129.; vgl. Gottſchalk a. a. O. §. 3.

b) Berger a. a. O. Hommel a. a. O. Quiſtorp rechtl. Bemerkungen, Th. II. n. 37. Gottſchalk a. a. O. §. 2. S. 342. Was Verzicht, welche nach dem Tode des Teſtirers geleiſtet wird,

anlangt, ſo unterliegt der in dem Text aufgeſtellte Satz keinem Zweifel. Glück VII. §. 549. S. 137. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 b. S. 269. ſ. auch unten §. 966. n. 3. Allein in Anſehung einer bei Lebzeiten des Teſtirers geleiſteten Verzicht wird dieſer von Glück a. a. O. S. 130. ebenfalls vertheidigte Satz beſtritten von Mühlenbruch a. a. O. S. 265.; vgl. l. 35. C. de inoff. test. Glück VII. §. 560. Mühlenbruch a. a. O. §. 1421 e. S. 437., doch iſt die Gültigkeit einer ſolchen Verzicht nach heutigem Recht nicht zu bezweifeln; vgl. Mühlenbruch a. a. O. A. M. ſind jedoch Z. Huber l. 1. §. 6. Klein Rechtsſpr. I. 33.; vgl. dagegen Madihn Miscellen I. 30. In Sachſen c. 10. p. III. und dazu Carpzov; Erbg. 70. Daß Verzicht auf Succeſſion überhaupt auch Verzicht auf den Pflichttheil in ſich ſchließe, ſ. Cramer. obs. jur. un. I. 372. Breuning. diss. an renunciatio her. paternae contineat renunc. legitimae L. 1767. Madihn a. a. O.

c) Arg. l. 10. §. 5. D. de bon. poss. contr. tabb., wenn ſie auch gleich in einem Treffen geblieben wären. Berger a. a. O.

d) Erbgeſ. §. 58. Vortheilhaft wird den leiblichen Kindern das Mitzählen der Adoptivkinder nur dann, wenn ſie dadurch eine größere Pflichttheilsportion erhalten. Dies hängt im Allgemeinen davon ab, daß der Pflichttheil von einem Drittheil auf die Hälfte erhöhet und zugleich der Antheil eines jeden Einzelnen an der Hälfte möglichſt hoch genommen werde. Jenes macht Vermehrung, dieſes Verminderung der Pflichttheilsberechtigten nothwendig; und ſo kann es denn wohl geſchehen, daß das, was auf der einen Seite durch Erhöhung des Geſammtbetrags des Pflichttheils auf die Hälfte gewonnen wird, auf der andern durch die Vermehrung der Adſpiranten wieder verloren geht. Vorausgeſetzt nun, was freilich in dem Geſetz nicht ausdrücklich geſagt worden iſt, daß bei einer Concurrenz leiblicher und Adoptivkinder, die letztern, wenn ſie mitgezählt werden, um den Geſammtbetrag des Pflichttheils auf die Hälfte zu erhöhen, auch mitgerechnet werden, um die Portion jedes einzelnen Competenten zu beſtimmen, ſo iſt zu bemerken a) wenn die Zahl der leiblichen Kinder fünf oder mehr, oder die Zahl der leiblichen und Adoptivkinder zuſammen weniger als fünf beträgt; ſo bringt das Mitzählen der Adoptivkinder den leiblichen keinen Vortheil, denn ſie erhalten in dem erſten Fall die semis ohnehin; in dem zweiten Fall hingegen nie mehr als ein Drittheil, und in beiden Fällen verringert das Mitzählen der adoptivi die Portion jedes Einzelnen. b) Wenn erſt durch das Mitzählen der Adoptirten die Zahl von fünf Pflichttheilsberechtigten hergeſtellt wird, ſo iſt es, wenn vier leibliche Kinder und ein adoptivus vorhanden ſind, für erſtere vortheilhaft, den letztern mitzuzählen. In allen andern Fällen, in denen die Zahl der adoptivi wächſt, und die der leiblichen Kinder

abnimmt, nicht; c) in dem Fall endlich, welcher wohl nur ſelten vorkommen wird, und der Theorie nach eigentlich gar nicht vorkommen ſollte, wenn fünf oder mehrere adoptivi, hingegen weniger als fünf leibliche Kinder vorkommen, haben letztere davon, daß erſtere mitgezählt werden, nie Vortheil, vielmehr in den meiſten Fällen offenbaren Nachtheil. — Ob unter den leiblichen Kindern auch legitimirte Kinder zu verſtehen? iſt in dem Geſetz nicht geſagt; doch läßt ſich nach §. 15. nicht zweifeln, daß legitimati per subsequens matrimonium auch in dieſer Beziehung den ehelichen gleichſtehen. Bei Berechnung des Pflichttheils für Adoptivkinder ſind übrigens die leiblichen Kinder jedesmal mitzuzählen.

§. 698.

5) Bei der Berechnung des Pflichttheils ſelbſt iſt auf den Beſtand des Vermögens zu der Zeit, da der Teſtirer ſtarb, Rückſicht zu nehmen [a]); nur in Anſehung pflichtwidriger Schenkungen leidet ſolches eine Ausnahme, indem ſolchenfalls auf den Beſtand des Vermögens vor der Schenkung das Abſehen zu richten, und dieſe, ſoweit der Pflichttheil hierdurch verkürzt worden, widerrufen wird [b]). 6) Nur dasjenige Vermögen iſt hierbei in Anſchlag zu bringen, welches nach Abzug aller Schulden, wohin auch die Koſten des Leichenbegängniſſes zu rechnen, übrig bleibt [c]). Auch das Einbringen der Wittwe, wenn ſie ſolches ergreift, muß vorher abgezogen werden [d]). Wenn hingegen 7) die Wittwe die ſtatutariſche Portion wählt, ſo wird dieſelbe mit zur Erbmaſſe gezogen, und hiernach der Pflichttheil berechnet [e]); ein Gleiches findet auch in Anſehung des dem Ehemanne zuſtehenden Mobiliarnachlaſſes ſeiner Frau Statt, als welcher bei der Berechnung des Pflichttheils der Aeltern oder Kinder derſelben ebenfalls mit einzurechnen iſt [f]). Gleichergeſtalt müſſen 8) auch Vermächtniſſe [g]), Fideicommiſſe, Schenkungen auf den Todesfall [h]), wie auch dasjenige, was die Kinder von ihren Aeltern bei deren Lebzeiten zum voraus erhalten haben, wohin beſonders die Mitgift gehört, bei der Berechnung des Pflichttheils eingerechnet werden [i]). Hingegen 9) werden bloße Geſchenke, welche die Kinder von ihren Aeltern erhalten haben [k]), wie auch die Koſten, welche Aeltern auf ihre Kinder zum Studiren verwendet haben,

ſofern nicht die übrigen Geſchwiſter dadurch im Pflichttheile verkürzt werden, nicht mit eingerechnet [d]).

a) l. 6. C. de inofficios. test. Chr. Thomaſius D. de legitima viventis. Hal. 1700. Bauer. resp. 153. L. 1804. Gottſchalk III. 22. ed. 1. Glück VII. §. 544. S. 67. §. 547. S. 94. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 c. v. Hartitzſch n. CCCXI. Es gilt hier daſſelbe, wie bei Berechnung der Quarta Falcidia. Nach dem angegebenen Zeitpunct wird alſo der Werth der zu dem Nachlaß gehörigen Sachen beſtimmt, in sp., wenn die Münzſorten, in welchen der Pflichttheil auszuzahlen war, ihren Werth verändert haben; Pütter Rechtsf. III. 260. Eben ſo iſt hiernach zu beſtimmen, in wie fern Acceſſionen den Nachlaß vermehren. Das Letztere iſt der Fall nur bei ſolchen Acceſſionen, welche zur Zeit des Todes bereits begründet, wenn auch noch nicht facto zu dem Nachlaß geſchlagen waren. Ueber die Anſicht von Francke Notherbenrecht §. 18., daß der Notherbe, dem der Pflichttheil titulo institutionis hinterlaſſen worden iſt, an dem augmentum oder decrementum des Nachlaſſes wie jeder andere Erbe Theil nehme, ſ. Mühlenbruch a. a. O. S. 277. Ueber außenſtehende Forderungen derſelbe S. 284. Nach obigen Grundſätzen würde auch die Frage: ob, wenn der verletzte Notherbe den Pflichttheil oder deſſen Ergänzung aus einem Lehn des Verſtorbenen zu fordern berechtigt iſt, in dem Fall der Transmiſſion des Anſpruchs auf den Pflichttheil auch deſſen nicht lehnsfähige Erben daſſelbe Recht haben, zu bejahen ſeyn; vgl. v. Langenn u. Kori I. 4. und §. 701 b.

b) l. 2. C. de inoffic. donat. Vgl. Conſt. 12. P. II. §. fin. Hommel Obs. 602. Daß ſolches auch auf pflichtwidrige Verkäufe, wodurch der Pflichttheil der Kinder vermindert wird, und welche mehr für eine bemäntelte Schenkung anzuſehen ſind, zu erſtrecken ſey, behaupten mit Recht Leyſer Sp. 91. m. 1. u. H. G. Bauer Resp. jur. 46. pag. 10.; vgl. Handb. III. §. 1353. Zu der daſ. angef. Litt. ſind außer den not. a. angef. Schriften noch hinzuzufügen: Mühlenbruch Comm. XXXVI. §. 1421 g. Francke Notherbenrecht §. 40 ff., beſonders §. 142.

c) l. 8. §. 9. D. de inoffic. test. l. 39. §. 1. D. de Verb. Sign. Glück VII. §. 548. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 c. S. 286. Es iſt dies nicht ſo zu verſtehen, als ob der Notherbe den Pflichttheil rein und befreit von allen Anſprüchen der Gläubiger bekommen müſſe, vielmehr haftet er pro rata ſeines Pflichttheils auch den Erbſchaftsgläubigern. Doch gilt dies natürlich nur inſofern, als der Notherbe zum Erben eingeſetzt worden iſt, nicht wenn er den Pflichttheil titulo legati erlangt hatte.

d) Carpzov P. I. c. 28. d. 100. Berger Oec. L. II. Tit. IV. th. 16. n. 6. Wernher P. I. Obs. 190. Erbg. §. 77.

e) Berger a. a. O. Carpz. L. VI. Resp. 48. Leyſer Sp. 91. m. 5. Wernher a. a. O. u. P. III. Obs. 47. C. F. Walch D. de portione statutaria in legitimam computanda. Lips. 1776. Streitig war ſonſt, ob die Gerade auf den Pflichttheil angerechnet werden könne; vgl. Bauer. resp. 59. L. 1795. u. resp. 116. L. 1800.

f) Carpz. P. III. c. 23. d. 18. 19. Wernher P. V. Obs. 199. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 43. n. 5.; vgl. über die not. e. u. f. erwähnten Puncte Glück VII. §. 547. S. 100. u. die daſ. angef. Rechtslehrer. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 b. S. 270. In Sachſen hat zwar nach dem Erbg. §. 99. die portio statut. der Ehefrau und die succ. in mobilia des Ehemanns aufgehört; allein in Anſehung des §. 70. erwähnten Pflichttheils des Ehegatten kehrt die Frage wieder, ob dieſer Pflichttheil von der Erbmaſſe abgezogen werden müſſe, wenn es darum ſich handelt, den Pflichttheil der Kinder zu beſtimmen, oder nicht? Die Frage iſt überhaupt höher dahin zu ſtellen: wie wird, wenn Pflichttheilserben verſchiedener Art, welche gleichzeitig Pflichttheil zu fordern berechtiget ſind, concurriren; mit andern Worten: wenn neben dem Pflichttheil der Verwandten der Pflichttheil Anderer zu gewähren iſt, welchen geſetzlich ein Antheil aus der Verlaſſenſchaft gebührt, der Pflichttheil eines jeden berechnet? Unter Verwandten als Notherben ſind dann nicht bloß Deſcendenten, ſondern auch Aſcendenten zu verſtehen. Und zu den Perſonen, welche mit dieſen concurriren, würden nach gem. Recht conjux pauper, nach älterm ſächſ. Recht außer Ehegatten, Gerade= und Heergeräthserben; nach neuerm Ehegatten und Adoptivkinder (§. 58. des Erbg.) gehören. Ob die concurrirenden Perſonen den ihnen gebührenden Antheil als Erben oder als Singularſucceſſoren erhalten, das ſcheint hier nicht von Einfluß. Sollte aber nicht zu unterſcheiden ſeyn, ob für alle der Pflichttheil gleichmäßig als portio bonorum oder als portio portionis ab intestato debitae beſtimmt worden ſey, oder nicht? Wäre für alle der Pflichttheil 1) portio bonorum, wie das nach neuerm ſächſ. Recht angenommen werden müßte, wenn Verwandte als Notherben mit Ehegatten concurrirten und nach §. 56. des Erbg. auch der Pflichttheil der Verwandten, wie nach §. 66—70. der der Ehegatten als portio bonorum anzunehmen wäre, ſo müßte der Pflichttheil eines jeden, unabhängig von dem des andern, von der ganzen Verlaſſenſchaft berechnet werden; wo dann Niemand leiden würde, als der eingeſetzte Erbe, an den der Ueberreſt kommt. Wäre hingegen 2) der Pflichttheil auch nur für einen Berechtigten portio portionis ab intestato debitae, wie dies in Anſehung des Pflichttheils der Deſcendenten und Aſcendenten wenigſtens nach gem. Recht anzunehmen iſt, ſo kann dieſer Notherbe nicht verlangen, daß ſein Pflichttheil von der ganzen Erb=

maſſe, alſo mit Einrechnung des dem concurrirenden Pflichttheils=erben gebührenden Theils, berechnet werde, weil ſonſt ſein Pflicht=theil nicht mehr portio portionis ab intestato debitae ſeyn würde. Ein ſolcher Fall würde nach ſächſ. Recht eintreten, wenn Adoptiv=kinder mit leiblichen Deſcendenten und Aſcendenten concurriren, vorausgeſetzt, daß der Pflichttheil der letztern portio portionis iſt. Demnach müßte der Pflichttheil des einen Concurrirenden, wenn er portio bonorum wäre, von der ganzen Maſſe, der Pflichttheil der andern als portio portionis aber von dem nach Abzug jenes Pflichttheils verbleibenden Beſtande berechnet werden. — Für den Fall, wenn bei einer ſolchen Concurrenz von Ausmittelung des Pflichttheils der leiblichen Kinder die Rede iſt, entſteht nun noch die Frage: ob der concurrirende Pflichttheilserbe mitgerechnet werden könne, um den Pflichttheil der Deſcendenten von einem Viertheil auf die Hälfte zu erhöhen? vgl. über den Fall, wenn Adoptiv=kinder und leibliche Kinder concurriren, §. 697. not. d. Für den Fall, wenn die Kinder mit den Ehegatten als Pflichttheilsberech=tigten concurriren, wird die Frage verneint von Glück VII. §. 547. S. 102. Man ſehe aber dagegen Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 b. S. 270. Es ſcheint, als wenn hier der Unterſchied, ob der Concurrirende ſeinen Antheil als Erbe, oder als Singular=ſucceſſor empfange, beachtet, und nur in dem erſten Fall die auf=geworfene Frage bejahet werden müſſe. In dieſer Maaße entſchei=det das Erbg. §. 58. den Fall, wenn Adoptiv= und leibliche Kinder concurriren; und ſo würde auch entſchieden werden müſſen, wenn leibliche Kinder mit Ehegatten, die nach §. 78. ihren Pflichttheil als Erben erhalten, zuſammentreffen. Sonſt iſt freilich nicht zu verkennen, daß es in der That für die Deſcendenten einerlei iſt, ob der Andre, durch deſſen Eintritt das Quantum ihres Pflicht=theils verkürzt wird, als Erbe oder als Singularſucceſſor eintrete.

g) Arg. l. 8. l. 30. l. 36. C. de inoff. test. Doch ſind diejenigen Vermächtniſſe, welche die Aeltern ihren Kindern über den Pflicht=theil als ein Prälegat ausſetzen, hiervon ausgenommen. Berger Oec. II. IV. 16. 5.

h) Hommel Obs. 602. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 c. S. 294. Schweppe §. 960. Francke §. 18. Ausnahme von der Regel, daß in den Pflichttheil eingerechnet werden müſſe, was aus dem Nachlaß erlangt wird, enthält l. 36. pr. C. de inoff. test.

i) l. 29. C. de inoff. test. Berger a. a. O. Glück VII. §. 547. S. 94. Mühlenbruch Comm. a. a. O. S. 303.

k) Arg. l. 19. 20. pr. §. 1. C. de collat. l. 18. pr. C. fam. ercisc. Berger a. a. O. Hommel Obs. 362. Der Vater kann aller=dings beſtimmen, daß dergleichen Schenkungen in den Pflichttheil eingerechnet werden; allein dieſe Beſtimmung iſt natürlich nur dann

wirkſam, wenn das Kind, welchem der Pflichttheil auf die angegebene Weiſe beſchieden worden iſt, Erbe wird. Biener qu. 36. in opusc. II. S. 173.; vgl. §. 931. 932.

l) l. 50. fam. ercisc. Dec. 50. v. 1661.; vgl. Glück a. a. O. S. 96. Mühlenbruch a. a. O. S. 301 ff.

§. 699.

γ) In Abſicht auf die Art und Weiſe, wie die Einſetzung im Pflichttheil geſchehen muß, bemerken wir: 1) daß dieſelbe titulo institutionis honorabili geſchehen müſſe, d. h. die Kinder müſſen in dem Pflichttheile als Erben eingeſetzt ſeyn, nicht aber darf ihnen derſelbe bloß als ein Vermächtniß oder Fideicommiß, oder als eine Schenkung hinterlaſſen werden [a]); 2) daß ihnen dieſer Pflichttheil aus der Subſtanz der Erbſchaft ſelbſt, nicht aber aus den Nutzungen derſelben zu hinterlaſſen [b]), auch auf keine Weiſe, weder durch Eheſtiftungen der Aeltern [c]), noch auch durch unmäßige Schenkungen [d]), Vermächtniſſe, Fideicommiſſe ꝛc. geſchmälert werden könne. Auch ſind daher die Kinder befugt, auf den Fall, da der Vater in ſeinem letzten Willen die Güter zum Nachtheil des Pflichttheils zu gering geſchätzt hat, eine gerichtliche Würderung zu verlangen [e]).

a) Nov. 115. c. 3. Conſt. 9. P. III.; vgl. §. 694. not. e. Doch iſt es keinesweges nothwendig, daß der Teſtirer das Wort erben gebraucht habe, ſondern auch andere gleichbedeutende Ausdrücke, dafern ſie unmittelbar an den Erben ſelbſt gerichtet (verba directa) ſind, z. B. ich vermache, oder hinterlaſſe meinen Kindern ſo viel als Pflichttheil, oder, ſie ſollen ſo viel ſtatt des Pflichttheils haben; ferner, meiner Tochter ſetze ich ſo viel zur Mitgift aus ꝛc., würden ebenfalls für eine Erbeinſetzung zu achten ſeyn; ſ. die angez. Conſt. Berger Oec. II. IV. 15. 2. Stryck caut. test. c. 17. membr. 1. §. 30. seq. Pufendorf IV. obs. 45. Wernher p. VII. obs. 19. Wenn hingegen der Teſtirer dem eingeſetzten Erben aufträgt, ſeinen Kindern eine gewiſſe Summe auszuzahlen, ſo wäre ſolches ein Vermächtniß, und eine praeteritio der Kinder anzunehmen; vgl. 692. a. E. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 d. Glück VII. §. 548. S. 114. Stryck a. a. O. Carpz. P. III. c. 9. d. 8.

b) Stryck a. a. O. c. 17. membr. 2. §. 28. 29. Glück VII. §. 548. S. 116. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421 d. S. 325. Glück und Geiger Rechtsf. II. 16. III. 42. n. 10.

Ob der Pflichttheil auf eine beſtimmte Sache angewieſen werden könne, iſt beſtritten; vgl. Gmelin und Elſäſſer gemeinr. Beob. u. Rechtsfälle IV. 16. Glück VII. §. 546. S. 177. Mühlenbruch Comm. a. a. O. S. 328., ingl. XXXVII. §. 1423. u. 1425 b. S. 213. Francke §. 31. Kind II. 61. S. 262. von Langenn u. Kori I. 4. Wenn man annimmt, daß der Pflichttheil nicht eben titulo institutionis hinterlaſſen zu werden braucht, ſo ſcheint die Frage bejahet werden zu müſſen. Dies iſt auch der N. 115. c. 5. und in Sachſen der c. 9. p. III. gemäß.

c) ſ. oben §. 137.

d) t. tit. C. de inoffic. donat. Conſt. 12. P. II.; vgl. §. 698. no. 5.

e) Carpz. P. III. c. 12. d. 9. Leyſer Sp. 91. und 92. m. 2. Wernher p. III. obs. 96. Barth dissens. VII. 685. n. 5. 6. Glück VII. §. 546. S. 85. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421. c. S. 293. Kind I. 52. v. Hartitzſch n. CCCXII. J. W. IV. 16.

§. 700.

Aus gleichem Grunde waren auch ſonſt die Töchter in dem Falle, da ihr Vater ſein ganzes Vermögen oder doch den größten Theil deſſelben zur Erkaufung neuer Lehngüter verwendet hatte, den Pflichttheil oder deſſen Ergänzung, ſelbſt aus dieſen Lehngütern zu fordern, und im Weigerungsfalle gegen den Lehnsfolger die querelam feudi inofficiose quaesiti anzuſtellen berechtigt [a]). Der Betrag dieſes Pflichttheils iſt, wenn 2 oder 3 Kinder vorhanden ſind, ein Viertel, und wenn deren 4 oder mehrere ſind, ein Drittel von dem Vermögen [b]) des Vaters. Es darf aber dieſer Pflichttheil nicht nach dem Werthe beſtimmt werden, welchen das Lehn zu der Zeit hatte, da der Erblaſſer ſtarb, ſondern es muß die dafür entrichtete Kaufſumme, und das noch übrige Allodialvermögen, welches der Vaſall zur Zeit des Kaufs hatte, zu einer Summe angeſchlagen, und hiernach der gedachte Pflichttheil berechnet werden. Auch müſſen die Töchter alles Dasjenige mit einrechnen, was ſie ſowohl bei des Vaters Lebzeiten, als auch nach deſſen Tode, an Ausſtattung, Mitgift, Schmuck ꝛc. erhalten haben [c]).

a) Sonderliche Conſt. 2. J. G. Bauers D. de feudo inofficiose quaesito; in Opuscc. T. II. p. 64. seq. J. G. Siegels D. de legitima ex feudo petenda. Lips. 1752. Kinds Quaest.

for. T. I. cap. 101. I. 25. ed. 2. Gottl. Wernsdorf D. de legitima ex feudo novo secundum legem Saxonicam petenda. Viteb. 1790. Zachariä's Handb. des Churſ. Lehnrechts, §. 204. v. Globig comment. de rebus dubiis in jure feud. Obs. 22. Hommel obs. 372. und in deſſen Pertinenz- u. Erbſond.-Regiſter. §. 92–95. der Einl. Daß dieſes Recht lediglich den Töchtern zuſtehe, und auf andere Erben, welchen der Pflichttheil gebührt, nicht zu erſtrecken ſey, zeigt Kind Quaest. laud., welche Meinung nach deſſen Zeugniſſe auch im Appellationsgerichte angenommen iſt. Auch ſtand den Töchtern wegen dieſer Forderung kein ſtillſchweigendes Unterpfandsrecht zu. Kind Quaest. for. III. c. 2. I. 26. ed. 2.

b) Hier iſt alſo nicht von einer portio portionis ab intestato debitae die Rede. Die Conſt. ſpricht von der *legitima* ſolches obberührten Kaufgeldes.

c) Angez. Const. sep. 2. Horns Jurisprud. feud. c. 15. §. 10. C. F. Hommel prolus. de legitima filiar. ex feudo novo recte comp. L. 1763.

§. 701.

Da die Töchter den Pflichttheil aus den Lehngütern nur dann erſt zu fordern berechtigt ſind, wenn das durch deren Ankaufung verminderte Allodialvermögen hierzu nicht mehr hinreichend iſt, ſo ergiebt ſich, α) daß, wenn der Vater höchſtens nur drei Viertel, oder, dafern er vier oder mehrere Kinder hat, zwei Drittel ſeines Vermögens zur Erkaufung von Lehngütern verwendet hat, mithin der Ueberreſt noch zu Bezahlung des den Töchtern gebührenden Viertels oder resp. Drittels hinreicht, die querela feudi inofficiose quaesiti nicht Statt finden könne [a]); auch dann würde ſie wegfallen, wenn zwar der Vater einen größern Theil ſeines Vermögens auf den Ankauf von Lehngütern verwendet, jedoch aber in der Folge noch ſo viel Allodialvermögen erworben hat, daß die Töchter den gedachten Pflichttheil davon erlangen können [b]); β) daß die Töchter den Pflichttheil bloß aus einem neuen Lehn fordern können, keinesweges aber aus einem alten [c]) Lehn [d]), oder, wenn das aus dem Verkaufe eines alten Lehns gelöſte Geld wiederum zu dem Ankaufe eines neuen verwendet worden [e]), oder auch der Vater das Lehn vermöge einer Anwartung oder Begnadigung erworben hat [f]), weil in allen dieſen Fällen das Allodialver-

mögen nicht vermindert wird. Auch können γ) die Töchter, wenn ſie lieber die Ausſtattung aus dem Lehne verlangen wollen, nicht noch außerdem auch den Pflichttheil daraus fordern [g]). Uebrigens verjährt die querela feudi inofficiose quaesiti binnen 5 Jahren [h]).

a) Arg. ſonderl. Conſt. 2. Viel weniger würde davon die Frage ſeyn können, wenn das noch übrige Allodialvermögen ſo viel betrüge, daß die Töchter ſogar den Pflichttheil, welcher ihnen nach gemeinen Rechten zuſteht (§. 694.), daraus erlangen könnten. Vorzüglich ſ. man hierüber Zachariä a. a. O. Not. ††. (10. S. 280. ed. 2.)

b) Zachariä a. a. O.

c) Angez. Conſt. Für ein altes Lehn wird zwar in Sachſen auch dasjenige geachtet, an welchem der Käufer vorher die Mitbelehnſchaft gehabt (neues Lehnsmand. Tit. 7. §. 2.), und es ſcheint daher, daß in dieſem Falle die Töchter keinen Pflichttheil aus dem Lehne verlangen könnten, um ſo mehr, da es in der angez. Conſt. ausdrücklich heißt: daran er zuvor keine Mitbelehnung oder Anwartung gehabt ꝛc., aber mit Recht behauptet Zachariä a. a. O. S. 221., daß die entgegengeſetzte Meinung mit dem Zwecke dieſes Geſetzes übereinſtimmender ſey, beſonders, da auch an der Stelle der Conſtitution, wo die Fälle, in welchen die Töchter den Pflichttheil aus dem Lehne nicht fordern können, angegeben werden (§. In allen andern Fällen ꝛc.), dieſer Ausnahme nicht gedacht wird.

d) Ausgenommen, wenn es ein ſolches Lehn wäre, an welchem auch den Töchtern in subsidium die Lehnsfolge zuſteht. Horn Jurisprud. feud. c. 15. §. 10.; vgl. Zachariä §. 204. a. E. u. not. 14.

e) Angez. Conſt.

f) Ebendaſ.

g) Ebendaſ. Zachariä a. a. O. Dieſe Ausſtattung, welche bloß, wenn die Tochter kein eigenes Vermögen hat, Statt findet, beträgt nach dem heutigen Gerichtsbrauche 5 pr. C. vom Werthe des Lehns. Kind Quaest. for. T. I. cap. 108. I. 30. ed. 2. Zachariä a. a. O. §. 196. (§. 196. a. S. 263. der 2. Ausg.)

h) Arg. l. ult. C. de inoffic. donat. Zachariä a. a. O. §. 204. Not. ††††. 12. ed. 2. S. 281.

§. 701 b.

Die Beſtimmungen, welche nach den beiden vorhergehenden §§. in der const. sep. 2. enthalten oder aus derſelben abgeleitet worden ſind, haben zu Folge der neuern Geſetzgebung in Sachſen [a]) nur inſofern noch Anwendung, als zu dem neuen Lehn Mitbelehnte vorhanden und dieſe

vor dem 1. Sept. 1829 präſentirt, auch nicht etwa durch Reverſe oder ſonſtige Erklärungen zu Abführung des Pflichttheils, wenn dieſe ihnen der Erblaſſer aufgegeben hätte, verpflichtet worden ſind [b]). Außerdem gilt für den Fall, wenn Jemand ſein Allodialvermögen [c]) zum Erwerb eines neuen Lehns ganz oder zum Theil verwendet hat, als Regel, daß zum Behuf der Beſtimmung des Pflichttheils für Notherben, welche nicht zugleich zur Lehnsfolge berechtiget ſind, das neuerworbene Lehn nach dem Werth, welchen daſſelbe zur Zeit des Todes des Erblaſſers hat, mit dem Allodialvermögen zuſammengeſchlagen, und aus dem Geſammtbetrag der Pflichttheil, welcher die gewöhnliche Quote des Ganzen iſt [d]), beſtimmt, auch in subsidium aus der Subſtanz des Lehns, als eine durch Verwendung in daſſelbe erwachſene Schuld berichtiget werde [e]). Dabei iſt noch zu bemerken: 1) dieſe Beſtimmung gilt zu Gunſten der Blutsverwandten, welche den Pflichttheil zu fordern berechtiget ſind [f]), aber auch für Ehegatten, jedoch hier nur unter der Vorausſetzung, daß der Erwerb des Lehns während der Ehe Statt gefunden habe [g]); 2) die Notherben müſſen Alles ſich anrechnen laſſen, was ſonſt in den Pflichttheil einzurechnen iſt [h]), insbeſondere Töchter die Ausſtattung, welche ſie auch, wenn ihnen der Pflichttheil auf die vorbeſchriebene Weiſe gewährt worden iſt, aus den Lehnen des Vaters nicht weiter fordern können [i]). — Von andern Fällen, in welchen durch lehnrechtliche Verfügung der Pflichttheil der nicht lehnsfähigen Notherben verletzt wird, iſt in den ſächſ. Geſetzen nicht weiter die Rede [k]).

a) Die Rechte der Oberlauſitz. Vaſallen bleiben unverändert; Erbg. §. 63.

b) Erbg. §. 63. 139. Der letzte §. iſt etwas dunkel; wahrſcheinlich bezweckt derſelbe eine Begünſtigung der Mitbelehnten, denen das ältere Recht inſofern vortheilhafter war, als nach demſelben eine geringere Pflichttheilsquote galt.

c) Erbgeſ. §. 60. 62. Es bleibt demnach auch hier der Fall ausgeſchloſſen, wenn das neue Lehn durch das aus dem Verkauf eines alten Lehns erlangte Geld erworben worden iſt.

d) Erbg. §. 61.

e) Erbg. §. 60.

f) Erbg. §. 60.

g) Erbg. §. 74. Von dem Pflichttheil der Adoptivkinder iſt nicht die Rede; auch ſcheint die in §. 60. bewirkte Verweiſung auf §. 55. zu beweiſen, daß von derſelben nicht die Rede ſeyn ſollte; jeden Falls würde für ſie die Beſtimmung des Geſetzes nur in dem Fall Anwendung finden, wenn ein neues Lehn nach bereits begründetem Adoptionsnexus erworben worden wäre.

h) Erbg. §. 61.

i) Erbg. §. 61.

k) Vgl. Siegel in der §. 700. not. a. angef. diss. §. 15.

§. 702.

Endlich 3) muß auch den Kindern der Pflichttheil frei von allen Laſten und Beſchwerungen hinterlaſſen werden [a]). Hat alſo der Teſtirer ſeinen Kindern den Pflichttheil nur unter gewiſſen Bedingungen ausgeſetzt, ſo ſind ſie doch, wenn auch gleich die Erfüllung der Bedingungen in ihrer Macht ſtände, hieran keineswegs gebunden, ſondern es wird ſolches als ungeſchrieben betrachtet [b]). Ein Gleiches findet Statt, wenn der Pflichttheil mit Fideicommiſſen beſchwert [c]), oder, wenn den Kindern zwar die Proprietät des Pflichttheils, einem Andern aber deſſen Nießbrauch hinterlaſſen wird [d]); kurz, alle diejenigen Verordnungen des Teſtirers, wodurch die Kinder in der freien Disposition über den Pflichttheil beſchränkt werden, ſind der Regel nach ungültig [dd]). Aber bloß von der Beſchwerung des Pflichttheils darf ſolches verſtanden werden; denn in Anſehung deſſen, was der Teſtirer ſeinen Kinder über den Pflichttheil hinterläßt, kann er ihnen dergleichen Bedingungen gültiger Weiſe vorſchreiben. Zwar iſt es dem Teſtirer erlaubt, in dieſem letztern Falle, wenn er nämlich den Kindern mehr als den Pflichttheil ausſetzt, auch dieſen durch ſolche Bedingungen zu beläſtigen [e]); aber, obſchon eine ſolche Verordnung an ſich nicht ungültig iſt, ſo ſteht es doch allemal den Kindern frei, nach dem bloßen Pflichttheil zu greifen, auf das Uebermaaß Verzicht zu leiſten, und ſolchergeſtalt ſich der auferlegten Bedingung zu entledigen. Dieſes Wahlrecht ſteht den Kindern ohne Unterſchied zu, es mag nun

entweder der Teſtirer ſelbſt ausdrücklich verordnet haben, daß, wenn ſie der Verordnung nicht Folge leiſten wollten, ſie auf den bloßen Pflichttheil geſetzt ſeyn ſollten (cautela Socini)[f]), oder nicht.

a) l. 32. C. de inofficios. test. Stryck caut. test. cap. 17. membr. 2. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 15. not. 9. Leyſer sp. 92. G. L. Mencken. de legitima quatenus ipsi possit praejudicari vel non p. praejud. Viteb. 1712. C. M. Daegener. de onere legitimae. L. 1727. H. Chr. Senckenberg. de gravamine in leg. Rom. et German. us. Götling. 1738. A. C. Stockmann. de potioribus legit. gravaminibus vulgo licitis, spec. de subst. vulgari in leg. fact. L. 1805. Glück VII. §. 546. Mühlenbruch §. 1421 d. S. 323. Natürlich wird, wenn von einer unſtatthaften Beſchwerde des Pflichttheils die Rede iſt, vorausgeſetzt, daß 1) es eine willkührlich von dem Erblaſſer aufgelegte Beſchwerde, 2) die Auflegung der Beſchwerde zum Nachtheil des Notherben bewirkt worden ſey. Bei dem Mangel des letztern Erforderniſſes würden die Grundſätze der exheredatio bona mente facta (§. 710.) eintreten; vgl. Francke Notherbenr. §. 34. Mühlenbruch Comm. XXXVII. §. 1425 e. S. 393. 402. A. M. Stockmann diss. I. §. 9. 11. Ob dahin auch der l. 25. C. de inoff. test. erwähnte Fall zu rechnen ſey, wenn eine Mutter ihre Kinder unter der Bedingung einſetzt, wenn ſie aus der Gewalt des Vaters entlaſſen worden ſeyn würden? iſt beſtritten; vgl. Müller. ad L. obs. 227. Koch in der not. f. angef. Schrift §. 4. Excurſe zu §. 171. I. S. 415. Stockmann diss. I. §. 10.

b) d. l. 32. Berger a. a. O. Glück a. a. O. S. 73. Mühlenbruch a. a. O. S. 330. Es kommt hierbei, wenn bloß der Pflichttheil hinterlaſſen worden iſt, nichts darauf an, ob die Bedingung potestativa, casualis oder mixta ſey. Nur darüber kann geſtritten werden, ob nicht eine conditio der zuletztgedachten beiden Arten, die der Einſetzung eines suus heres beigefügt worden iſt, die Einſetzung zu Folge des §. 687. not. c. erwähnten Satzes nichtig mache? und die Entſcheidung dieſes Streits hängt davon ab, ob man annimmt, daß das alte Notherbenrecht der heredes sui fortbeſtehe, oder nicht? Daß die l. 32. C. in dieſer Beziehung eben ſo wenig etwas geändert habe als N. 115., behauptet Mühlenbruch a. a. O. u. XXXVII. §. 1425 b. S. 215 ff. gegen Francke §. 26. S. 349. u. Höpfner Comm. §. 491. Darüber, ſowie über die Frage, was Rechtens ſey, wenn mehr als der Pflichttheil hinterlaſſen worden iſt; ob und in wie weit überhaupt die Einſetzung der in der N. genannten Pflichttheilserben von Bedingungen abhängig gemacht werden könne? ſ. unten not. f. u. §. 705. not. a.

c) d. l. 32., l. 36. eod.; vgl. Stryck a. a. O. Harpprecht. tr. de success. tom. II. und daſ. in der beigefügten mantissa resp. S. 85. G. L. Böhmer de liberis fideic. oneratis. Götting. 1749. (in deſſen Elect. jur. civ. I. 6.) §. 9. Glück VII. §. 546. S. 76. XXXV. §. 1421 d. S. 326. Dies gilt auch, wenn ein gegenſeitiges Fideicommiß unter mehrern Kindern angeordnet worden iſt, Overbeck Med. III. 142. Stockmann diss. I. §. 17. Bauer resp. 60. L. 1796. resp. 105. L. 1799. v. Hartitzſch n. CCCXIII. Ob substitutio in legitima als Beſchwerde des Pflichttheils angeſehen werden könne? darüber vgl. Stockmann §. 18. und den daſelbſt angeführten Rechtsfall. Zachariä qu. 18. Der Schöppenſtuhl zu Leipzig bejahete dieſe Frage. A. M. war die Juriſten=Fac. und das Oberhofgericht zu Leipzig. Nach der l. 6. C. de inst. et subst. ſcheint ein Fideicommiß oder eine Subſtitution, welche dem Notherben auferlegt worden, wenigſtens in dem Fall gültig, wenn ſie von der Bedingung abhängig gemacht worden ſind, daß der Notherbe kinderlos und ohne Teſtament verſterbe, dieſe Bedingung auch eintritt; aber freilich iſt die Entſcheidung dieſes Falls nicht eigentlich die Aufgabe, welche das erwähnte Geſetz zu löſen beabſichtiget; auch ſpricht daſſelbe nicht von einer fideicommiſſariſchen Dispoſition oder Subſtitution, welche in Beziehung auf den Pflichttheil Statt gefunden hat, für welche übrigens N. 117. cap. 1. eine entgegengeſetzte Beſtimmung zu enthalten ſcheint. Daß der belaſtete Notherbe eine dergleichen Beſchwerung anfechten könne, ſcheint kaum bezweifelt werden zu können; denn für ihn iſt ſchon das eine Beſchwerde, daß er, um die beſchwerliche Dispoſition unſchädlich zu machen, teſtiren muß. Ob dies aber auch von den Erben deſſelben geſchehen könne, dies iſt die Frage, welche namentlich in dem Fall bei Stockmann vorlag, und von demſelben bejahet wird, weil nach der §. 6. aufgeſtellten Behauptung, bei der Frage: was eine Beſchwerde des Pflichttheils ſey? nicht bloß das Recht des Notherben ſelbſt, ſondern auch das Recht der Erben deſſelben zu berückſichtigen ſey. Dies iſt nun freilich der Punct, um welchen Alles ſich dreht. Und hier ſcheint wieder Alles darauf anzukommen, ob Erben eines Notherben wegen einer Verletzung der Rechte des letztern klagen können, wegen deren dieſer ſelbſt nicht geklagt hat? vgl. §. 693. not. f. §. 709. not. b. §. 965. 966. Die Practiker, welche annehmen, daß in dem Teſtament der Mutter der ususfructus an dem Pflichttheil des eingeſetzten Kindes dem Vater nicht entzogen werden könne (vgl. Excurſe I. S. 415.), ſcheinen dies allerdings in gewiſſer Maaße zu behaupten.

d) Auth. Novissima C. de inoff. test.; vgl. Schmidt Rechtsſpr. n. 32. Glück a. a. O. S. 79. Ueber den Fall, wenn der Pflichttheil in usufructu oder in Renten hinterlaſſen worden iſt, Z. Hu-

der l. 1. §. 12 seq. Es gehört hierher auch der Fall, wenn verordnet worden iſt, daß der Pflichttheil in den Händen des eingeſetzten Erben, z. B. des hinterbliebenen Ehegatten, oder auch in dem gemeinſchaftlichen Erbe verbleiben ſolle. Stockmann §. 11.

dd) Dahin gehört unter Andern 1) die Beſtimmung, daß der Pflichttheil nicht ſofort, ſondern z. B. nach eingetretener Volljährigkeit, nach Ableben des eingeſetzten Ehegatten zahlbar ſeyn ſolle; vgl. l. 36. §. 1. C. de inoff. test. Glück a. a. O. S. 76., auch den Rechtsfall bei Puton. III. 112. 2) Beſtimmungen, welche die Ausmittelung des wahren Nachlaßbeſtandes hindern, wie das Verbot der Errichtung oder Edition eines Nachlaßverzeichniſſes Bauer. resp. 8. L. 1792. die willkührliche Veranſchlagung der Nachlaßgegenſtände zu einem gewiſſen Werth, Glück a. a. O. S. 95.; was in Sachſen die Anwendbarkeit der V. O. V. 6. ſehr beſchränken kann; die Verordnung, gewiſſe Anſprüche an den Erblaſſer ohne Weiteres als richtig anzuerkennen, worüber zu vergleichen der Rechtsfall bei Puton. VI. 261. Stryck de caut. test. XVII. 2. §. 24. Crell de confessione debiti inofficiosa. Viteb. 1754., in fasc. diss. XI. n. 101.

e) z. B. wenn der Vater ſeinen Sohn zum Univerſalerben eingeſetzt, und dabei verordnet hätte, daß derſelbe, wenn er ohne Kinder ſtürbe, Alles einer benannten dritten Perſon hinterlaſſen ſolle ꝛc. ſ. Berger a. a. O. Stryck a. a. O. c. 17. membr. 3. §. 15.

f) Stryck a. a. O. §. 15. seqq. Leyſer Sp. 93. m. 1—3. Müller. ad L. obs. 228. 229. sp. 396. H. W. Koch über die Sociniſche Cautel. Gießen, 1786. Crell de caut. Socini, et quando sit inutilis; in deſſen diss. VI. 49. Glück VII. §. 546. S. 86. Mühlenbruch XXXV. §. 1421 d. S. 334. Francke §. 19. Daß die caut. Socini unwirkſam ſey in Beziehung auf Beſchwerden der in not. dd. sub 2. angegebenen Art, ſ. Bauer. in der angef. resp. Kind I. 52. Crell l. 1. §. 9. Ob ſie für ſtillſchweigend beigefügt zu achten ſey, iſt beſtritten. Bejahet wird dies von Cramer pr. de cautela Socini abundante; in deſſen Opusc. II. n. 23. Ayrer de jure parent. legit. libror. bona mente gravandi. Götting. 1757. §. 23. Und dieſe Meinung ſcheint auch in dem §. angenommen worden zu ſeyn, wenn daſelbſt in dem Fall der nicht beigefügten cautela Socini den Pflichttheilsberechtigten nur die Wahl zwiſchen dem Pflichttheil oder der Erfüllung der Bedingung zugeſtanden wird. A. M. iſt aber Koch §. 10. Glück VII. §. 546. S. 87. Francke §. 19. S. 247. Das ſächſ. Recht nimmt wenigſtens bei dem Pflichttheil der Ehegatten die cautela Socini als ſtillſchweigend beigefügt an; vgl. §. 704. not. c. Ueberflüſſig wird die cautela Socini dann, wenn die bedingte Einſetzung mit einer gültigen Enterbung verbunden iſt; Höpf-

ner Comm. §. 491. not. 8. Wenn übrigens der unter Beifügung der cautela Socini eingeſetzte Notherbe mit dem Pflichttheil ſich begnügt, ſo bleibt nach gem. Recht das mehr Hinterlaſſene ohne Zweifel dem eingeſetzten Erben. Daſſelbe ſcheint aber auch nach neuerm ſächſ. Recht wenigſtens dann zu gelten, wenn dem eingeſetzten Erben nicht ein beſtimmter Erbtheil angewieſen worden iſt, widrigenfalls würde es an die Inteſtaterben fallen. Erbg. §. 4.

§. 703.

B) In Abſicht auf den Pflichttheil der Aeltern (§. 693.) bemerken wir, 1) daß ihnen derſelbe ebenfalls titulo institutionis [a]), und 2) frei von allen läſtigen Bedingungen hinterlaſſen werden müſſe [b]); 3) daß ihnen derſelbe durch Localſtatuten zwar vermindert, aber nie ganz entzogen [c]), auch 4) weder durch Eheſtiftungen der Kinder, noch durch Subſtitution (§. 719.), noch ſonſt auf irgend eine Weiſe verkürzt werden dürfe [d]).

a) Arg. Nov. 115. c. 3. c. 5. Conſt. 9. P. III. Glück u. Geiger Rechtsf. III. 44.; vgl. §. 699. not. e.

b) Arg. l. 32. C. de inoff. test. Stryck c. 17. m. 2. §. 29. Hier ſcheint jedoch am wenigſten bezweifelt werden zu können, daß eine Bedingung, welche der Erbeinſetzung auf mehr als den Pflichttheil beigefügt worden iſt, wenigſtens keine Ungültigkeit der Erbeinſetzung bewirke, wenn ſie auch übrigens pro non adjecta gehalten werden müßte.

c) C. 12. P. III. Dieſe Beſtimmung hat durch die Verordnung des Erbg. §. 65. ihre Bedeutung verloren.

d) Ueberhaupt iſt in der Regel alles das, was §. 697—699. 702. von dem Pflichttheil der Kinder geſagt worden iſt, auch hier anwendbar. Was die §. 697. behandelte Frage anlangt, in wiefern bei Beſtimmung des Pflichttheils der Aeltern rechtmäßige Enterbung oder Verzicht eines Pflichttheilsberechtigten in Betracht komme, ſo iſt dieſelbe zwar hier, wenigſtens nach ſächſ. Recht, bedeutungslos für Beſtimmung der Pflichttheilsquote überhaupt, da dieſe nach dem Erbg. §. 56. immer nur ein Drittheil beträgt; ſonſt kommen aber die Beſtimmungen des §. 697. in Anwendung. Eben ſo gilt, wenn in Beziehung auf Pflichttheil Aeltern mit gleichberechtigten Notherben, wie Adoptivkindern, §. 58. des Erbg., oder Ehegatten, §. 66. des Erbg. concurriren, das §. 698. not. f. Geſagte; es braucht aber kaum bemerkt zu werden, daß bei der Concurrenz mit Adoptivkindern ein Mitzählen der Adoptivkinder nicht vorkommen und am allerwenigſten den Adſcendenten vortheilhaft ſeyn kann. Wenn man übrigens die Beſtimmungen des Erbg. §. 56. 58. 66.

zuſammenhält, ſo ergiebt ſich, daß nach demſelben der Fall eintreten kann, in welchem für ein Individuum die Möglichkeit zu teſtiren, der ihm zuſtehenden test. factio activa ungeachtet wegfällt. Denn geſetzt, es ſtirbt, und hinterläßt ein Adoptivkind, Adſcendenten und einen Ehegatten; ſo wird jeder dieſer Pflichttheilsberechtigten ein Drittheil des Nachlaſſes in Anſpruch nehmen, mithin der ganze Nachlaß durch Pflichttheile abſorbirt. — Im Uebrigen kann von einem Pflichttheil des Vaters nur inſofern die Rede ſeyn, als entweder der teſtirende Sohn der väterlichen Gewalt entlaſſen iſt (§. 651.), oder die Mutter oder deren Adſcendenten dem Sohn etwas hinterlaſſen und dabei den usus fructus paternus beſchränken; vgl. §. 702. not. a. Excurſe I. S. 415. In wie fern der Adoptivvater aus dem Vermögen des Adoptivkindes den Pflichttheil fordern könne, iſt nach gem. Recht beſtritten; vgl. Krondal im Arch. f. civ. Pr. IV. 26. Mühlenbruch XXXV. §. 1421 a. S. 222 ff. Nach ſächſ. Recht iſt die Frage in Gemäßheit des Erbg. §. 53. j. §. 24. zu verneinen. Dagegen gilt, was Legitimirte betrifft, der d. §. 24. ausgeſprochene Grundſatz der Reciprocität auch in Beziehung auf Pflichttheil. Daß durch Adoption das Pflichttheilsrecht der leiblichen Adſcendenten nicht aufgehoben werde, ſ. §. 53. des Erbg. Uebrigens haben die Aeltern in derſelben Maaße Anſpruch auf den Pflichttheil, in welcher ſie zur Inteſtaterbfolge gelangen. Glück VI. §. 543. S. 571. Erbg. §. 55.

§. 704.

Da C) Geſchwiſter einen Pflichttheil, welcher ihnen nach gemeinem Recht, wiewohl nicht ohne mannigfachen Zwieſpalt in den Meinungen der Rechtslehrer zugeſtanden wird [a]), nach ſächſiſchem Recht nicht mehr fordern können [b]), ſo iſt hier nur noch D) in Anſehung des durch das neuere ſächſ. Recht beſtimmten Pflichttheils der Ehegatten Folgendes zu bemerken: 1) der Pflichttheil der Ehegatten hat mit dem Pflichttheil anderer Notherben gemein, daß er nicht durch einſeitige Verfügungen des Ehegatten entzogen, geſchmälert oder beläſtiget werden kann [c]), wohl aber der Anſpruch auf denſelben durch Verzicht des betheiligten Ehegatten, gleichviel ob dieſe vor oder nach dem Tode, ausdrücklich oder ſtillſchweigend geleiſtet worden iſt, wegfällt [d]). Ob dieſer Pflichttheil titulo institutionis hinterlaſſen werden müſſe, iſt nicht beſtimmt, wenn gleich Ehegatten auch in Anſehung des Pflichttheils als Erben zu betrachten ſind [e]). Er hat aber auch 2) die Eigenthümlichkeit, α) daß er pars

bonorum iſt f), jedoch in Anſehung desjenigen Vermögens wegfällt, rückſichtlich deſſen dem Ehegatten die freie Dispoſition vorbehalten worden iſt; vorausgeſetzt, daß eine ſolche Dispoſition auch wirklich Statt gefunden hat g); β) daß er dem Ehegatten auch bei der Concurrenz mit andern Notherben gebührt h); obwohl bei der Concurrenz mit Kindern bei Berechnung des Pflichttheils des Ehegatten dasjenige nicht mit eingerechnet wird, was Kinder der unter ſich zu veranſtaltenden Ausgleichung halber zu conferiren haben i).

a) vgl. §. 693. not. c. Glück VI. §. 543. S. 572. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 d. Der Umſtand, daß N. 115. gar nicht von Geſchwiſtern handelt; und man demnach das ältere Recht vor der Novelle, namentlich l. 27. C. de inoff. test. verbunden mit einigen Beſtimmungen der N. 22. c. 47. anwendet, iſt die Quelle der in dieſer Materie vorkommenden vielfachen Streitigkeiten. Einverſtanden iſt man, daß der Pflichttheil den Geſchwiſtern nicht titulo institutionis hinterlaſſen zu werden brauche, weil dies nach älterm Recht §. ult. I. l. 8. §. 6. D. l. 30. C. de inoff. test., auch in Anſehung des Pflichttheils andrer Notherben nicht nöthig war; ferner, daß Geſchwiſter, wenn ſie in pari turpitudine verſiren, wie der ihnen Vorgezogene kein Recht auf den Pflichttheil haben, l. 11. C. de inoff. test. Berger. Oec. II. 4. 17. not. 8. Stryck. caut. test. c. 17. m. 1. §. 19. Geſtritten aber wird, 1) ob auch Halbgeſchwiſter einen Anſpruch auf den Pflichttheil haben; d. l. 27. C. Püttmann. de querela inoff. test. fratribus uterinis haud concedenda; ingl. deſſen vindiciae diss. laud., in deſſen sylloge opusc.; p. 1. et 41. 2) ob die Einſetzung eines unehelichen Kindes hinreiche, den Anſpruch der Geſchwiſter auf Pflichttheil zu begründen? Hommel obs. 615. Püttmann. de querela inoff. fratribus et sororibus contra spurios haud conced., in deſſen opusc. S. 47. Bauer resp. 85. Kind I. 48. Manche dieſer Anſichten und Streitigkeiten werden verändert, wenn man der §. 693. not. c. erwähnten Anſicht von Marezoll folgt.

b) Erbg. §. 64.

c) Erbg. §. 70—74. Von Dispoſitionen, durch welche der Pflichttheil direct entzogen oder vermindert wird, handeln §. 71. 72., jedoch bloß mit Beziehung auf dispositiones m. c. Dieſe ſind, ſo weit ſie den Pflichttheil verkürzen, ungültig; und zwar, was widerrufliche Dispoſitionen anlangt, ſelbſt dann, wenn ſie vor Eingehung der Ehe getroffen worden ſeyn ſollten; wogegen die vor der Ehe geſchloſſenen Erbverträge wegen Verletzung des Pflichttheils der Ehegatten nicht angefochten werden können. Gegen Dispoſi-

tionen inter vivos, welche während der Ehe in fraudem legitimae getroffen waren, hat ohne Zweifel der Ehegatte dieſelben Befugniſſe wie andere Notherben, nach §. 698. n. 5. §. 699. n. 2.; a. das Erbg. §. 101. — Von Beläſtigung des Pflichttheils handelt §. 73. Die Beſchwerde wird hier für nicht beigefügt angeſehen; aber ſo, daß der Ehegatte, welcher die Beſchwerde nicht anerkennt, mehr nicht als den Pflichttheil in Anſpruch nehmen kann. Die cautela Socini iſt alſo hier überflüſſig.

d) Erbg. §. 79—81. Unter dieſen Vorausſetzungen fällt präſumtiv das Erbfolgerecht der Ehegatten ganz weg. Worüber das Weitere unten, wenn von der Erbfolge der Ehegatten die Rede iſt.

e) Erbg. §. 78. Aus dieſer Beſtimmung folgt wenigſtens das nicht, daß das Teſtament oder wenigſtens die Erbeinſetzung nichtig ſey, wenn der Pflichttheil dem hinterbliebenen Ehegatten nicht titulo institutionis hinterlaſſen worden iſt.

f) Erbg. §. 66. 67. 69. 70.

g) Erbg. §. 75. Daſſelbe gilt in Anſehung des Vermögens, welches der Ehegatte mit dem Vorbehalt der freien Verfügung von einem Dritten erlangt hat.

h) Erbgeſ. §. 66—70.; vgl. §. 698. not. f. §. 703. not. d.

i) Erbgeſ. §. 76. Dadurch iſt freilich die Möglichkeit einer Verkürzung des Pflichttheils der Ehegatten durch Dispoſitionen inter vivos ſehr erleichtert worden.

§. 705.

III. Die nothwendigen Erben müſſen entweder in Pflichttheile eingeſetzt, oder auf eine rechtmäßige Weiſe enterbt werden[a]) (§. 692.). Soll aber die Enterbung oder Ausſchließung von der Erbſchaft zu Recht beſtändig ſeyn, ſo muß dieſelbe 1) in einem feierlichen Teſtamente geſchehen[b]); 2) der Enterbte muß namentlich angeführt, oder doch ſo beſchrieben werden, daß über ſeine Perſon nicht der mindeſte Zweifel übrig bleibt[c]). 3) Er muß von der ganzen Erbſchaft ausgeſchloſſen ſeyn[d]). 4) Die Enterbung muß unbedingt geſchehen, widrigenfalls dieſe durch das Eintreffen oder Nichteintreffen der beigefügten Bedingung (je nachdem dieſelbe affirmativ oder negativ iſt) unwirkſam werden würde[e]). Endlich 5) muß die Enterbung aus einer rechtmäßigen Urſache geſchehen, d. h. aus einer ſolchen, welche die Geſetze dafür erkennen[f]).

a) Lucas van Poll de exhered. et praeterit. romana et hodierna. Ultraject. 1712. J. G. Bauers D. de eo, quod justum est circa formam exheredationis. Lips. 1731. in Opuscc. T. I. p. 103. seqq. Glück VII. §. 551. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1420. nr. XXXVI. XXXVII. Francke §. 6—8. 11. 12. 31. Was I. die institutio betrifft, ſo iſt zu vergleichen Mühlenbruch Comm. XXXVI. §. 1421 h. S. 349. XXXVII. §. 1421 i. S. 74. §. 1425 b. S. 189. Francke §. 1. 5. 30. Die institutio eines Notherben hat mit der Erbeinſetzung überhaupt gemein, daß ſie in einem Teſtament und wenn gleich nicht mit beſondern feierlichen Worten (vgl. l. 15. C. de test. u. §. 699. not. a.), doch in Ausdrücken erfolgen muß, welche die Abſicht, eine bloße Singularſucceſſion des Notherben zu vermitteln, ausſchließen. Mühlenbruch XXXVII. S. 189. Francke S. 397. Auch verſteht ſich von ſelbſt, daß, ſelbſt wenn angenommen wird, der Pflichttheil brauche nicht titulo institutionis hinterlaſſen zu werden, jeden Falls etwas dem Notherben hinterlaſſen worden ſeyn müſſe; vgl. Mühlenbruch XXXV. S. 325. Francke S. 391. A. M. iſt v. Bülow Abh. über einzelne Materien des r. bürgerl. Rechts. Braunſchw. 1817. I. 9., welcher auch hier die actio suppletoria eintreten läßt (§. 965.). Doch iſt es hinreichend, wenn der Notherbe auf ſeine conferenda angewieſen worden iſt; Francke S. 395. Eigenthümlich iſt der Einſetzung eines Notherben, daß ſie direct, alſo nicht etwa unter Concurrenz einer Mittelsperſon, wie ſonſt durch Einſetzung eines Sclaven und jetzt noch durch Einſetzung eines in väterlicher Gewalt des Notherben befindlichen Kindes erfolgen muß; vgl. Mühlenbruch XXXVI. §. 353. XXXVII. §. 213. Eben ſo wenig würde es hinreichend ſeyn, wenn die Notherben dem eingeſetzten Erben ſubſtituirt wären. Francke S. 394. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 218. Iſt denn aber eine bedingte Einſetzung der Notherben als förmliche, gültige Einſetzung anzuſehen; und welche Wirkung hat die einer ſolchen Einſetzung beigefügte Bedingung? Eine Frage, die beſonders von den neueſten Bearbeitern des Notherbenrechts, Francke und Mühlenbruch, zur Sprache gebracht worden iſt. Gewiß iſt, daß der Pflichttheil durch keine Art von Bedingung beläſtigt werden kann und eine nichts deſto weniger beigefügte Bedingung pro non adjecta geachtet wird, §. 702. not. b. Eben ſo aber auch, daß dasjenige, was über den Pflichttheil hinterlaſſen wird, von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, ſobald nur von der cautela Socini Gebrauch gemacht worden iſt; §. 702. not. f. Ob, wenn in dem letztern Fall die cautela Socini nicht gebraucht worden iſt, der beigefügten Bedingung Wirkſamkeit zuzugeſtehen ſey oder nicht, mit andern Worten, ob die cautela Socini etwas von ſelbſt ſich Verſtehendes ſey oder nicht, das iſt die erſte Frage, über welche §. 702.

not. f. zu vergleichen iſt. Allein es fragt ſich weiter, a) welche Wirkung hat die Einſetzung eines Notherben, die unſtatthafter Weiſe unter einer Bedingung geſchehen iſt; b) muß nicht überhaupt zwiſchen den verſchiedenen Arten der Bedingungen, ob ſie poteſtativ ſind, oder nicht, unterſchieden werden? Nach Glück VII. §. 546. S. 74. iſt in Gemäßheit der l. 32. C. de inoff. test. jede Bedingung pro non adjecta zu halten, daſſelbe ſcheint Francke §. 26. S. 349. wenigſtens in Anſehung des vor der Nov. 115. gültigen Rechts anzunehmen; während derſelbe §. 30. S. 385. behauptet, daß nach der Nov. 115. jede Bedingung, die zur Zeit des Todes des Erblaſſers nicht bereits in Erfüllung gegangen war, die Erbeinſetzung ungültig mache. Nach Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 213. vergl. mit XXXV. §. 1421 d. S. 330. ſind poteſtative Bedingungen zu erfüllen, andere pro non adjectis zu achten, außer inſofern letztere einem suus heres beigefügt worden ſind, wo ſie dann, vermöge des dieſer Art von Notherben zuſtändigen weder durch l. 32. C. de inoff. test., noch durch N. 115. aufgehobenen eigenthümlichen Rechts (§. 687. not. b. 702. not. a.) die Erbeinſetzung ungültig machen würden. So richtig es nun auch ſeyn mag, daß N. 115. das Notherbenrecht der sui heredes, oder der Söhne nicht aufgehoben hat; eben ſo wenig dürfte ſich doch auch bezweifeln laſſen, daß, was die Erbeinſetzung der andern in der Nov. genannten Pflichttheilserben anlangt, eine beſondere Vorſchrift rückſichtlich der bedingten Erbeinſetzung nicht ertheilt worden ſey. Es ſcheint alſo in dieſer Beziehung ausgemacht, daß keine Art der Bedingungen, die der Einſetzung eines ſolchen Pflichttheilserben beigefügt worden iſt, die Erbeinſetzung ungültig mache; eben ſo aber jede Bedingung pro non adjecta zu achten ſey, wenn der Teſtirer nicht gültiger Weiſe von der cautela Socini Gebrauch gemacht hat. Dieſe Grundſätze würden in Sachſen, nachdem durch §. 124. des Erbg. die Vorrechte der sui heredes gänzlich aufgehoben ſind, unbedingt gelten, und es iſt kaum nöthig zu erwähnen, wie wichtig in Folge der Beſtimmungen des Erbg. §. 4. 6. die Frage ſey, ob eine der den Pflichttheilserben auferlegten Bedingungen zu erfüllen ſey. Nur in Anſehung des Pflichttheils der Ehegatten gilt die §. 704. not. c. angeführte Ausnahme. II. In Anſehung der Enterbung iſt im Allgemeinen zu bemerken: A) ſie hat mit der institutio gemein, daß ſie in einem Teſtament erfolgen muß (vgl. not. b.) u. hier wenigſtens nach neuerm Recht eben ſo wenig an beſtimmte Worte gebunden iſt, als institutio; vgl. was letzteres betrifft, l. 3. C. de lib. praet. Glück VII. §. 551. S. 199. Francke §. 6. S. 59. §. 31. S. 399. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 391. XXXVII. §. 1425 b. S. 190.; B) ſie wird als ein odiosum behandelt, welches keine Begünſtigung oder Nachhülfe verdient, l. 19. D. de lib. et posth., ohne daß l. 10. D.

de inoff. test. entgegenſteht; Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 224 ff., während dagegen bei der institutio nachgeholfen wird. Freilich trat das odium exheredat. vorzüglich in dem älteſten römiſchen Recht, nach welchem exheredat. etwas rein Willkührliches war, hervor; doch aber ward dieſe Anſicht beibehalten, nachdem bereits zu dem Beſtehen der Enterbung justa caussa exheredationis nothwendig geworden war. C) Einſetzung und Enterbung können nicht neben einander beſtehen, außer, wenn die eine unter einer gültigen Bedingung bewirkt, und für den entgegengeſetzten Fall die andre vorgeſchrieben worden iſt. Außerdem bleibt Enterbung als das odiosum ausgeſchloſſen, ohne Unterſchied, ob in dem Teſtament dieſe oder jene zuerſt genannt worden iſt, l. 21. D. de lib. et posth.; vgl. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421. h. S. 396. D) Enterbung findet nur in Beziehung auf Notherben ſtatt, l. 132. pr. D. de V. et O., und ſetzt voraus, daß an die Stelle des Notherben ein anderer eingeſetzt worden ſey, l. 3. §. 2. D. de lib. et posth., Glück VII. §. 551. S. 266. Sie iſt daher unwirkſam, wenn entweder kein anderer Erbe eingeſetzt worden iſt, oder die Einſetzung deſſelben ungültig wird, insbeſondere, wenn derſelbe nicht antritt; vgl. l. 20. pr. D. de bon. poss. c. tabb. l. 8. §. 10. D. de inoff. test. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 379. 420. XXXVII. §. 1421 i. S. 10. §. 1425 b. S. 234. 238. Francke §. 12. S. 141. §. 30. S. 391. — E) Die Enterbung der Notherben, welche ſchon vor der N. 115. als Notherben (im Gegenſatz der bloßen Pflichttheilsberechtigten) galten, iſt außerdem an gewiſſe Formen gebunden, die theils eine Folge des odium exheredationis ſind, theils dahin abzwecken, alle Zweifel zu beſeitigen, welche gegen das Daſeyn des feſten Willens des Teſtirers, den Notherben auszuſchließen, erhoben werden können; vgl. Francke §. 6. Mühlenbruch XXXV. §. 1421 h. S. 349. 391. 422. Die N. 115. hat in dieſer Beziehung wenigſtens ausdrücklich nichts geändert. — Wenn nun weder Einſetzung noch Enterbung des Notherben Statt gefunden hat, ſo iſt dies III. der Fall der praeteritio, der nach älterm römiſchen Recht das Teſtament ungültig machte, wenn Deſcendenten übergangen worden waren, welche damals förmliches Notherbenrecht hatten. Beide, Enterbung und Präterition, fallen unter den allgemeinen Begriff: Ausſchließung. Uebrigens ſetzt auch praeteritio wie exheredatio das Daſeyn der Einſetzung eines Andern als Erben voraus, weil ohne dieſe kein Teſtament beſteht. Präterition iſt nicht bloß bei einem gänzlichen Uebergehen des Notherben, ſondern auch dann vorhanden, wenn der Notherbe nicht auf die gehörige Weiſe eingeſetzt (z. B. suus heres unter einer andern als conditio potestativa, vgl. 687. not. b.) worden iſt. Es fragt ſich nun, welchen Einfluß die Beſtimmungen der N. 115. auf die Lehre von der Enterbung und Präterition haben.

Indem dieſes Geſetz die caussae exheredationis fixirte, und deren Anführung in dem Teſtamente allgemein vorſchrieb, ſcheint daſſelbe allerdings für die Form, unter welcher Notherben des ältern Rechts zu enterben waren, einen Zuſatz gemacht zu haben, während bei denen, die erſt durch die N. Notherbenrechte erhielten, und nach älterm Recht ohne alle Form ausgeſchloſſen werden konnten, die allegatio caussae als die einzige für Ausſchließung derſelben erforderliche Form in Betracht kommt. Daraus ſcheint zu folgen, daß bei Notherben der letztern Art, ſchon praeteritio adjecta caussa lege probata, als rechtsbeſtändige Ausſchließung gelten müſſe, N. 115. c. 4., bei den Notherben hingegen, die ſchon vor der N. Notherbenrechte hatten, praeteritio nicht hinreiche, ſondern Enterbung in der Form des ältern Rechts nebſt der allegatio caussae legibus probatae erforderlich ſeyn würde. In der That iſt dies die Anſicht von Glück VII. §. 551. S. 313. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 192 ff. A. M. iſt jedoch Francke §. 31., nach welchem Enterbung und Präterition, wenn ſchon dem Namen nach, unterſchieden, dennoch überall nichts weiter als adjectio caussae lege probatae erfordern. Ueber die Meinungen älterer Rechtslehrer vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 207 ff. Nach dem neueſten ſächſiſchen Recht Erbg. §. 124. ſind die sui heredes auch in Anſehung des vermöge Geſetzes ihnen anfallenden Nachlaſſes wie andere Erben zu beurtheilen. Es fragt ſich daher, können nach ſächſ. Recht Pflichttheilsberechtigte, wenn justa caussa angeführt iſt, übergangen werden, oder iſt förmliche Enterbung nöthig? Unſtreitig iſt das Letztere anzunehmen. Dies ſchon wegen des bereits angez. §. 86. des Erbg.; aber auch darum, weil zu denjenigen, welche ſchon vor N. 115. Notherbenrechte hatten, auch andere als sui heredes, nämlich die prätoriſchen Notherben, gehörten, in Anſehung deren das Erbgeſ. nichts verordnet; ſo daß die in dem Erbg. ausgeſprochene Gleichſtellung der sui heredes zunächſt nur in Beziehung auf ſolche Notherben zu verſtehen iſt, die gemeinrechtlich den suis heredibus am nächſten ſtanden.

b) pr. I. de exher. lib. §. 5. I. de her. test. N. 115. c. 3. v. Hartitzſch n. CCCCVII. A. M. und daß mit Beſchränkung in Anſehung des test. parentum inter liberos (vgl. §. 744.) auch in einem minder feierlichen Teſtament Enterbung Statt finden könne, ſind mit Recht Glück VII. §. 551. S. 267. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 393. Francke §. 31. S. 399. In Sachſen ſcheint Erbg. §. 86., welcher freilich unentſchieden läßt, ob nicht bloß von einem jus singulare der Ehegatten die Rede ſey, ein testamentum solenne zu fordern.

c) l. 1. sq. D. de lib. et posth. l. 4. C. de lib. praet. Stryck a. a. O. c. 19. §. 9. Glück a. a. O. S. 268. Das nominatim exheredare hatte freilich in dem ältern römiſchen Recht auch einen

andern Sinn, in welchem es entgegengeſetzt ward dem inter caeteros exheredare, was zuerſt durch das prätoriſche Recht und zuletzt durch l. 4. C. de lib. praet. beſchränkt ward. S. oben §. 692. not. i. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 306. 338. XXXVII. §. 1421 l. S. 82. §. 1422. S. 93. Francke §. 31. S. 399. meint, daß nach der N. 115. ein exheredare inter caeteros erlaubt ſey. A. M. iſt, was ſolche betrifft, die ſchon vor der N. Notherbenrechte hatten, Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 192. 211.

d) l. 19. D. de lib. et posth. Bauer a. a. O. Glück VII. §. 551. 273. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421. S. 426. Valett pract. theor. Abhand. Göttingen 1824. I. n. 4. Nach Francke §. 31. S. 398. ſoll dies Erforderniß durch N. 115. ebenfalls in Wegfall gekommen ſeyn; vgl. dagegen Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 222. Ueber den Fall, wenn der Notherbe dem eingeſetzten Erben ſubſtituirt worden iſt, derſelbe S. 218 f. Wäre der Enterbte in einen gewiſſen Theil der Erbſchaft eingeſetzt, und betrüge dieſer Theil ſoviel oder mehr als der Pflichttheil, ſo läge eigentlich gar keine Enterbung vor; wogegen, wenn das Hinterlaſſene weniger als der Pflichttheil beträgt, auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden kann. N. 115. c. 5. Bauer a. a. O. Zweifelhafter iſt nach neuerm ſächſ. Recht der Fall, wenn der Teſtirer nur über einen Theil ſeines Nachlaſſes zu Gunſten von Perſonen disponirt hat, welche keine Notherbenrechte haben; vgl. §. 964. not. c. Angenommen, daß der Notherbe nur eine actio suppletoria habe; wenn aus dem übrigen Theil des Nachlaſſes der Pflichttheil nicht vollſtändig gewährt werden kann, ſo iſt in dem entgegengeſetzten Fall, wenn aus dem Theil des Nachlaſſes, über welchen nicht teſtirt worden iſt, der Pflichttheil vollſtändig gedeckt wird, jeder weitere Anſpruch des Notherben ausgeſchloſſen. Jene Annahme aber ſcheint allerdings dem Geiſt der neuern ſächſ. Geſetzgebung am meiſten zu entſprechen, nachdem man einmal angenommen hat, daß ein Erblaſſer pro parte testatus, pro parte intestatus verſterben könne. Ueber Einſetzung auf den halben Pflichttheil nach ſächſ. Recht vgl. Th. I. §. 96. Daß dem Notherben eine gewiſſe Species oder Summe zur Abfindung hinterlaſſen worden iſt, ſteht der Enterbung nicht entgegen; vgl. Huber. Praelect. ad Just. II. 13. §. 5. Bauer. l. 1. §. 7. Stryck l. 1. §. 14.; vgl. auch die Bemerkungen zu §. 699. not. b. Der Fall, wenn ohne Einſetzung auf einen beſtimmten Theil des Nachlaſſes Enterbung nur a parte hereditatis erfolgt, iſt als theilweiſe praeteritio anzuſehen, und nur in Anſehung ſolcher Notherben für wirkſam zu achten, welche durch bloße Präterition ausgeſchloſſen werden können.

c) l. 3. §. 1. l. 28. pr. D. de lib. et posth. l. 18. pr. D. de bon. poss. c. tab. Stryck a. a. O. Bauer a. a. O. Daß nach

älterm Recht eine bedingte Enterbung nichtig geweſen ſey, darüber herrſcht kein Streit, obwohl man über den Grund dieſes Satzes verſchiedene Anſichten hegt; vgl. Glück VII. §. 551. S. 271. Francke §. 6. S. 62. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 413. XXXVII. §. 1421 i. S. 83 ff. Streitiger iſt dagegen, ob und welche Bedeutung der erwähnte Satz nach der N. 115. habe. Daß dieſelbe von bedingten Enterbungen ebenſo wenig ausdrücklich ſpricht, als von bedingten Einſetzungen, iſt gewiß. Es fragt ſich alſo bloß, was muß nach dem Sinn und dem Geiſt der N. als gültig angenommen werden? Vorausgeſetzt muß jeden Falls eine Enterbung werden, welche in der durch die N. vorgeſchriebene Form, alſo mit Anführung einer geſetzlich beſtimmten Enterbungsurſache, erfolgt iſt. Hier läßt ſich nun ein doppelter Fall denken. Entweder iſt die Enterbungsurſache ſelbſt die Bedingung der Enterbung; oder der ex justa caussa erfolgten Enterbung iſt noch eine Bedingung beigefügt. Wir verweiſen wegen des erſten Falls auf die folgende Note, und betrachten hier bloß den zweiten Fall. Was dieſen betrifft, ſo ſollte man allerdings meinen, daß der, welcher einen Notherben unbedingt zu enterben berechtigt iſt, dies auch unter einer Bedingung bewirken könne. Indeß findet ſich für dieſe Anſicht keine Beſtätigung in den Geſetzen. Die im Text vorgetragene Anſicht des Verf. iſt nicht ganz klar; ſie kann aber nichts Anderes beſagen, als daß bedingte Enterbung keine Enterbung ſey, indem entweder die Bedingung wegfalle und hiermit die Enterbung ſchon nach dem Willen des Teſtirers für nicht ausgeſprochen angeſehen werden müſſe; oder eintrete, wo dann die Enterbung ungültig ſey. Hierbei bleibt unentſchieden, theils was Rechtens ſey, während die Bedingung noch pendens iſt, theils welche Wirkung die ungültige Enterbung auf das Teſtament ſelbſt äußere. Die Anſichten der beiden neueſten Schriftſteller über Notherbenrecht, Francke §. 31. S. 407. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. (deſſen Darſtellung jedoch an manchen Dunkelheiten leidet, welche durch Verirrungen wo nicht der Feder, doch des Drucks herbeigeführt zu ſeyn ſcheinen), ſtimmen in der Hauptſache überein, divergiren aber inſofern, als Francke die aufgeſtellten Sätze für alle in der N. genannten Notherben als gültig anerkennt, während Mühlenbruch, nach deſſen Anſicht das Notherbenrecht derer, welche ſchon vor der N. förmliches Notherbenrecht hatten, durch die N. nicht aufgehoben worden iſt, zwiſchen ſolchen, die ſchon vor der N. Notherbenrecht hatten, und ſolchen, die daſſelbe erſt durch die N. erhielten, unterſcheidet. Nach der Anſicht der genannten Rechtslehrer kommt nun Alles darauf an, ob zur Zeit des Todes des Erblaſſers über den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung bereits entſchieden war, oder nicht; 1) im erſteren Fall iſt A) die Bedingung in Erfüllung gegangen; hier ſoll die Enterbung als unbedingt bewirkt gelten;

wobei denn aber freilich, damit das Teſtament ſelbſt gültig bleibe, vorauszuſetzen iſt, daß neben dem Enterbten ein anderer Erbe eingeſetzt worden ſey. Iſt dagegen B) die Erfüllung nicht, ſondern das Gegentheil der Bedingung eingetreten, ſo fällt allerdings die Enterbung dem Willen des Teſtirers ſelbſt gemäß hinweg. Es entſteht nun aber die Frage, ob hiermit der bedingt Enterbte für eingeſetzt zu achten ſey. Die Meinung von Höpfner Comment. §. 476. 491. iſt unerwieſen geblieben; und Mühlenbruch ſowohl als Francke erfordern deshalb eine beſtimmte Erklärung von Seiten des Teſtirers, wenn nicht der Notherbe als präterirt angeſehen werden ſoll. — Eben ſo ſoll 2) in dem Fall, wenn zur Zeit des Todes des Erblaſſers die conditio noch pendens iſt, die bedingte Enterbung als praeteritio gelten, die praeteritio hat dann Nichtigkeit im Sinne der N. zur Folge; nach Francke allgemein; nach Mühlenbruch nur in Anſehung derer, welche ſchon vor der N. als Notherben galten, weil in Anſehung der übrigen eine beſtimmte Form der Enterbung in dem ältern Recht nicht exiſtirte und in dem neuern nicht vorgeſchrieben ward. Nur in dem Fall, wenn mit der Enterbung zugleich eine Einſetzung für den entgegengeſetzten Fall ausgeſprochen worden iſt, bleibt die Annahme einer praeteritio ausgeſchloſſen; es liegt der Fall einer bedingten Einſetzung vor, deren Wirkſamkeit von dem Eintritt der gültiger Weiſe beigefügten Bedingung abhängt, und eine ſolche bedingte Einſetzung macht nach Mühlenbruch S. 238. für die, welche erſt durch die N. Notherbenrecht erhalten haben, die Beifügung der Enterbungsformel überflüſſig. In wie fern dabei die Beſtimmung der l. 32. C. de inoff. test. in Anwendung komme, darüber vgl. Mühlenbruch S. 240. Manches von dieſen Sätzen bedarf einer nähern Prüfung, die natürlich hier keinen Platz finden kann. Es ſcheint aber faſt, als ob man, ſowie da, wo von der bedingten Einſetzung die Rede iſt, ſo auch hier etwas zu viel in die N. hereingetragen und dann wieder Anderes heraus interpretirt habe. — Das ſächſiſche Recht enthält ſelbſt in ſeinen neueſten Beſtimmungen Nichts, was als leitender Faden in dieſem Labyrinth der Meinungen dienen könnte. Die Dispoſition §. 124. des Erbg. hilft nicht einmal über den Streit weg, ob die, welche ſchon vor der N. Notherbenrechte hatten, zu denen nicht bloß sui heredes gehörten, nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilen ſeyen, wie die, welche erſt durch die N. Notherbenrechte erlangt haben. Iſt übrigens die Frage bloß die, welche Modification die vorſtehend als gemeinrechtlich aufgeſtellten Sätze leiden, wenn auf ſie die Beſtimmungen des Erbgeſ. §. 2—8. angewendet werden; ſo ſcheint Folgendes bemerkt werden zu müſſen: α) die Dispoſition von §. 5. des Erbgeſ. kann in Fällen, in welchen das Teſtament ſelbſt über den Haufen fällt, die sub conditione enterbten Notherben jure intestati ſuccediren, nicht in An=

wendung kommen, weil unter der angenommenen Vorausſetzung eigentlich nicht von gültigen Verfügungen des Teſtirers die Rede iſt; es müßten denn dieſe Verfügungen durch cl. codicillaris aufrecht erhalten werden, β) wenn zur Zeit des Todes des Teſtirers die der Enterbung beigefügte Bedingung noch pendens und nach dem Obenangeführten ein Fall vorhanden iſt, in welchem die Bedingung als gültig beigefügt angeſehen wird, ſo entſteht die Frage: ob nicht gleichwohl nach §. 6. des Erbg. der bedingt Enterbte immer ſofort als Inteſtaterbe, entweder zugleich mit andern gleichberechtigten Inteſtaterben, oder in Ermangelung ſolcher allein eintreten könne. Die Frage ſcheint verneint werden zu müſſen, theils weil das Geſetz nur von der der Erbeinſetzung beigefügten Bedingung ſpricht, theils weil hier die Beſtimmung des §. 7. entgegen treten dürfte. Uebrigens gilt alles bisher Geſagte nur von dem Fall einer ausdrücklich beigefügten, eigentlichen Bedingung, wogegen eine Enterbung, die implicite an eine Bedingung geknüpft iſt, wie in dem Fall, wenn der Notherbe a primo gradu enterbt und in dem folgenden eingeſetzt worden iſt, wohl beſtehen kann. Daß eben ſo wenig als Bedingung der Enterbung eine Zeitbeſtimmung beigefügt werden könne, ſ. Glück a. a. O. S. 269. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 413. Ueber die Enterbung post mortem des Enterbten oder post aditam (a tertio) hereditatem, l. 3. §. 2. l. 13. §. 2. D. de lib. et posth.; vgl. Francke §. 6. S. 62. 64. Glück a. a. O. S. 273. Mühlenbruch a. a. O. S. 199. 423. 424.; in beiden Fällen liegt eine conditio perplexa, wenigſtens nicht beſtimmt die Abſicht zu enterben vor, und die Enterbung bleibt ungültig, weil derſelben durch Interpretation nicht nachgeholfen werden kann. — Eben ſo beſtritten als die Frage: ob und in wie weit nach neuerm Recht eine bedingte Enterbung gültig ſey, iſt die Frage: ob die Enterbung noch jetzt ab omnibus heredibus und ab omni gradu geſchehen müſſe; vgl. Bauer diss. l. §. 9. Glück a. a. O. S. 277. Francke §. 6. S. 65. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 427 ff. Für die verneinende Beantwortung ſtimmt außer Bauer Francke §. 31. S. 400 ff. A. M. iſt Glück a. a. O. S. 286. und, wie es ſcheint, auch Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 222. 226., Schweppe §. 961. S. 455., wenigſtens für den Fall der Enterbung derjenigen, welche ſchon nach älterm Recht Notherbenrechte hatten. Der Satz: exheredatio fieri debet ab omni gradu, hat übrigens nur die Bedeutung, daß die exhered. um Ausſchließung von der ganzen Erbſchaft zu bewirken, ab omni gradu erfolgt ſeyn müſſe, weil außerdem bei Eintritt dieſes Grades praeteritio anzunehmen ſeyn würde. Er ſagt aber keinesweges, daß der Teſtirer nicht den Notherben a primo gradu enterben und für den folgenden Grad einſetzen könne. Francke §. 6. S. 69. Mühlen-

bruch XXXVI. S. 436. Wie nun die Enterbungsformel angebracht werden müſſe, um auf omnes heredes und omnem gradum bezogen werden zu können, darüber vgl. l. 3. §. 2. D. de lib. et posth. l. 1. C. de lib. praet. und die oben angef. Rechtslehrer.

f) N. 115. c. 3. Ueber Enterbungsgründe vor der N. 115. Glück VII. §. 551. S. 205. Mühlenbruch Comm. XXXVII. §. 1423. S. 120. Ueber die Enterbungsurſachen, welche in der N. 115. beſtimmt worden ſind, Glück VII. §. 551. S. 209 ff. Mühlenbruch XXXVII. §. 1424. Francke §. 32. v. Buchholz Abh. n. 6. Im Allgemeinen iſt über dieſe Enterbungsurſachen vorläufig zu bemerken, daß ſie in einem Verbrechen, oder einer unſittlichen Handlung des Notherben beſtehen, die in manchen Fällen auch den Charakter einer dem Teſtirer zugefügten Beleidigung tragen kann. In allen dieſen Fällen wird jedoch Verſchuldung von Seiten des Notherben vorausgeſetzt, l. 33. §. 1. C. de inoff. test. N. 115. c. 3. §. 13. Mühlenbruch a. a. O. §. 1425 a. S. 184. Glück S. 211., der aber freilich nur von culpoſen Injurien, einem juriſtiſchen Unding, ſpricht. Kann denn aber ein ſolcher Enterbungsgrund als Bedingung beigefügt werden? Dieſe Frage wird bejahet von Mühlenbruch a. a. O. §. 1425 b. S. 231. not. 42., ſowie S. 239. 354. Vorauszuſetzen würde ſeyn, daß die Handlung, welche einen Enterbungsgrund abgiebt, als eine zukünftige erwähnt werde, §. 683.; ingleichen daß Einſetzung des Notherben entweder ausdrücklich ausgeſprochen worden, oder doch als ausgeſprochen anzunehmen ſey. Dennoch ſcheint aber auch dann dieſe Anſicht nur inſofern richtig und die bedingte Enterbung beſtändig, als die Handlung des Notherben vor dem Tode des Teſtirers eingetreten iſt. Außerdem würde eine ſolche Dispoſition als institutio sub conditione resolutiva und ſo wenigſtens nach gem. Recht, wenn auch nicht nach neuerm ſächſ. Recht, unwirkſam ſeyn; vgl. §. 684. Da übrigens eine Bedingung der angegebenen Art als poteſtative und zugleich negative Bedingung anzuſehen iſt, ſo kehrt nach ſächſ. Recht die Frage wieder, ob und wie weit in einem ſolchen Fall cautio Muciana eintrete, vgl. §. 689. 2. Ein interimiſtiſches Eintreten der Inteſtaterben kann hier, wo der sub conditione Eingeſetzte ſelbſt nächſter Inteſtaterbe iſt, in der Regel nicht eintreten; vgl. die Bemerk. in not. g.

§. 706.

Dieſe rechtmäßigen Urſachen nun, und zwar A) diejenigen, um derer willen Kinder von ihren Aeltern enterbt werden können*), ſind: 1) wenn ſie ſich an ihren Aeltern thätlich vergreifen[a]); doch kann der Vater die Kinder nicht um deswillen enterben, weil ſie ſich an der Mutter ver-

griffen haben, und umgekehrt [b]); 2) wenn die Kinder harte und ehrenrührige Schimpfworte gegen ihre Aeltern ausſtoßen [c]); doch muß die Beſchimpfung den Vorwurf eines ſolchen Verbrechens in ſich enthalten, welches die Specialinquiſition nach ſich zieht [cc]). Uebrigens wird die zugefügte Beleidigung im Zweifel eher nicht für erlaſſen geachtet, als wenn der Vater das Teſtament ändert [d]); 3) wenn die Kinder ihre Aeltern eines Verbrechens wegen anklagen, es mögen nun letztere das Verbrechen wirklich verübt haben, oder nicht [e]); wenn jedoch die Aeltern ſich eines Majeſtätsverbrechens oder Hochverraths ſchuldig gemacht haben, und die Kinder ſolches anzeigen, ſo können ſie deshalb nicht enterbt werden [f]); 4) wenn die Kinder in andern, nicht peinlichen Fällen, eine Anzeige gegen ihre Aeltern machen, wodurch dieſe einen beträchtlichen Verluſt ihres Vermögens erleiden [g]); 5) wenn ſich die Kinder mit Verbrechern als Theilnehmer verbinden [h]); 6) wenn ſie den Aeltern nach dem Leben getrachtet haben, obgleich ohne Erfolg [i]); 7) wenn ein Sohn mit der Stiefmutter Unzucht treibt [k]); 8) wenn der Sohn für ſeine, Schulden halber, in gefängliche Haft gebrachten Aeltern nicht Bürgſchaft leiſten will [l]).

*) Glück a. a. O. S. 209. Mühlenbruch a. a. O. S. 140. Da die Handlungen, welche zur Enterbung berechtigen, Verſchuldung, mithin Imputationsfähigkeit auf Seiten des zu Enterbenden, vorausſetzen, ſo ergiebt ſich, daß eigentliche posthumi, d. h. nachgeborne Kinder, oder auch bereits vorhandene Kinder von zartem Alter, wegen einer dem Teſtament vorhergegangenen Urſache nicht enterbt werden können; vgl. Glück a. a. O. §. 354. S. 372. Mühlenbruch a. a. O. S. 184. 354. Valett Notherbenr. §. 34. Indeſſen hat doch, wenn man annimmt, daß N. 115. auch das Notherbenrecht der posthumi umfaſſe, was freilich nicht unbeſtritten iſt; vgl. §. 728., die Enterbung eines posthumus die Wirkung, daß das Teſtament durch die agnatio posthumi nicht rumpirt wird. Uebrigens ſind unter Kindern Deſcendenten überhaupt, obwohl in Anſehung mancher Urſachen mit Berückſichtigung der Geſchlechtsverſchiedenheit zu verſtehen.

a) Nov. 115. c. 3. §. 1. Thätliche Behandlung in Folge einer Nothwehr iſt ausgeſchloſſen, Glück S. 411. Francke S. 404.

b) Hommel Obs. 260. Anderer Meinung iſt Pufendorf T. II. Obs. 6. 7.; vgl. §. 709.

c) c. Nov. §. 2. Glück S. 211. Francke S. 404.

cc) Hommel Obs. 483.; vgl. §. 709.

d) Hommel Obs. 389.

e) Stryck a. a. O. cap. 19. §. 27. Mehrere wollen dieſe Enterbungsurſache auf Söhne beſchränkt wiſſen; vgl. Glück S. 229., ſ. aber dagegen Mühlenbruch S. 143. v. Buchholz S. 130. Daß die Aeltern durch die Anklage Schaden gelitten haben, iſt nicht nöthig, Glück S. 231.

f) d. Nov. §. 3.

g) d. Nov. §. 7. Stryck a. a. O. §. 31. Glück S. 223. Mühlenbruch S. 149. Marezoll in Grolmann u. Löhr Magazin IV. 19. n. 11. Vorauszuſetzen iſt eine aus Chikane bewirkte Anzeige; auch ſpricht das Geſetz bloß von Deſcendenten männlichen Geſchlechts; obwohl nach Glück auch Töchter aus dieſem Grunde enterbt werden können.

h) d. Nov. §. 4. Stryck a. a. O. §. 28. S. jedoch Weber Reflexionen vom heut. Gebrauch des röm. R. §. 3. S. 19. Glück S. 232. Mühlenbruch S. 144. Francke S. 410. Vorausgeſetzt wird eigentlich eine dauernde Verbindung mit Perſonen, die Handlungen, welche als Verbrechen bezeichnet ſind, als Gewerbe treiben; wohin denn ohne Zweifel auch Verbindungen mit Kupplern, Spielern, Schmugglern gehören. Vorauszuſetzen dürfte aber auch weiter ſeyn, daß die Aeltern, welche von einer ſolchen Enterbungsurſache Gebrauch machen, nicht ſelbſt einem ſolchen Conſortium angehört haben; vgl. §. 707. n. 10.

i) d. Nov. §. 5.

k) ibid. §. 6. Glück S. 231. Mühlenbruch S. 148. Francke S. 406. Von Töchtern, die mit dem Stiefvater ſich einlaſſen, iſt in dem Geſetz nicht die Rede. Uebrigens verſteht ſich von ſelbſt, daß das, was das Geſetz von dem Umgang mit der Concubine des Vaters ſagt, h. z. T. unpractiſch iſt, und nicht etwa auf andre illegitime Geliebten des Vaters, wie ſie jetzt hier und da vorzukommen pflegen, angewendet werden kann.

l) ibid. §. 8. Deciſ. 52. v. J. 1661. Glück S. 231. Mühlenbruch S. 150. Daß aus dieſem Grunde auch Töchter enterbt werden können, behauptet gegen die ausdrücklichen Worte der Novelle Weſtphal von Teſtamenten §. 546. Ob hierzu, wie in dem Fall 13., ein gewiſſes Alter des Sohnes erforderlich ſey, iſt beſtritten; vgl. Glück S. 235.

§. 707.

9) Wenn Kinder ihre Aeltern verhindern, ein Teſtament zu machen, oder ein ſchon gemachtes wiederum abzu-

ändern; welchenfalls die Aeltern, wenn ſie hernachmals ein Teſtament zu machen, oder daſſelbe abzuändern Gelegenheit finden, die Kinder enterben können [a]); wenn hingegen der Vater oder die Mutter wegen eines ſolchen Hinderniſſes ohne Teſtament ſtirbt, ſo wird das Kind, welches ſich dergleichen hat zu Schulden kommen laſſen, als unwürdig von der Erbſchaft ausgeſchloſſen [b]); 10) wenn die Kinder wider der Aeltern Willen eine Lebensart wählen, wodurch ſie ſich öffentlich entehren, vorausgeſetzt, daß die Aeltern nicht das nämliche Gewerbe treiben [c]). 11) Wenn Aeltern ihre Töchter auf eine anſtändige Weiſe verheirathen wollen, dieſe aber ſolches ausſchlagen, und ein öffentliches Hurenleben führen [d]); 12) wenn ſich die Kinder ihrer in Wahnſinn oder gänzliche Beraubung des Verſtandes verfallenen Aeltern nicht angenommen haben; wenn ſolchenfalls die Aeltern nach ihrer Wiederherſtellung ein Teſtament machen, ſo können ſie ihre Kinder enterben [e]); hat aber der Vater oder die Mutter noch vorher ein Teſtament gemacht und die Kinder zu Erben eingeſetzt, ſo werden dieſe hernachmals der Erbſchaft für unwürdig erklärt; wenn im letztern Falle ein Fremder, nachdem er die Kinder an ihre Schuldigkeit erinnert, ſich der Unglücklichen angenommen hat, ſo bekommt dieſer die Erbſchaft [f]); 13) wenn die Kinder ihre in feindliche Gefangenſchaft gerathenen Aeltern nicht loskaufen wollen [g]); 14) wenn die Kinder eine in Teutſchland nicht geduldete Religion annehmen [h]). Endlich gehört auch 15) in Sachſen hierher, wenn die Kinder wider der Aeltern Willen ein Ehegelöbniß ſchließen, und daſſelbe durch erfolgten Beiſchlaf oder auch durch die Trauung vollziehen [i]).

a) cit. Nov. §. 9. Daß nicht eben Gewalt erfordert werde, Glück S. 224. Mühlenbruch §. 152. v. Buchholz S. 135. In Sachſen vgl. Erbg. §. 104. n. 2. j. 106.

b) ibid. Stryck a. a. O. §. 33. Glück a. a. O.

c) ibid. §. 10. si inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit, etc. Daß privilegirte Schauſpieler hierher nicht gerechnet werden dürfen, bedarf wohl keines Erinnerns; wohl aber würden Seiltänzer, Taſchenſpieler ꝛc. h. z. T. hierher gehören. Glück S. 228. Mühlenbruch S. 152.

d) cit. Nov. §. 11. Hingegen findet dieſe Enterbungsurſache nicht Statt 1) wegen eines bloßen Stupri, Berger Oec. L. II. T. IV. th. 14. not. 5. v. Hartitzſch n. CLXII. 2) wenn die Aeltern keine Sorge getragen haben, ihre Tochter zu verheirathen, und dieſe darüber 25 Jahre alt geworden iſt, c. Nov. d. l. Stryck a. a. O. §. 35.; vgl. über die ſehr beſtrittene Stelle der Nov. Glück S. 236. Francke S. 407. Mühlenbruch S. 407. v. Buchholz S. 136. Daraus, daß die 25jährige Tochter, welche an einen freien Mann ohne Conſens der Aeltern ſich verheirathet hat, nicht enterbt werden kann, folgt wohl nicht, daß die minderjährige in einem ſolchen Fall enterbt werden könne. Vielmehr hatten in dieſem Fall beide Aeltern das Recht Trennung der Ehe zu fordern; vgl. Glück XXIII. §. 1196. S. 27 ff. Machten ſie von dieſem Recht keinen Gebrauch, ſo ward dies ohne Zweifel als eine Art Genehmigung angeſehen. Bei einer 25jährigen Tochter konnte wenigſtens die Mutter nicht auf Trennung der Ehe dringen; daher ſcheint es, als ob wenigſtens ſie als Erſatz für den Mangel dieſes Befugniſſes das Recht der Enterbung haben dürfte. Wenn man übrigens annimmt, daß das 25ſte Jahr des Alters nicht eine bloße willkührliche Zeitbeſtimmung, ſondern gerade den Termin der Volljährigkeit bezeichne, ſo kann gefragt werden, ob nicht in Sachſen dafür das 21ſte Jahr geſetzt werden müſſe? Ueberhaupt muß, was die wider Willen der Aeltern unternommene Verheirathung betrifft, nach ſächſ. Recht n. 15. verglichen werden.

e) d. Nov. §. 12.

f) Ebendaſ. Stryck §. 36.

g) Ebendaſ. §. 13. H. z. T. kann dieſe Enterbungsurſache in der Regel nicht mehr eintreten, da die Auslöſung der Kriegsgefangenen durch die kriegführenden Mächte ſelbſt betrieben wird. Die Novelle fordert übrigens 18jähriges Alter der Kinder; vgl. Glück S. 226. Mühlenbruch S. 165.

h) Stryck a. a. O. §. 38. Mühlenbruch S. 166. In Sachſen enthält das Mand. v. 20. Febr. 1827. GS. n. 7. über dieſen Punct nichts.

i) ſ. oben §. 95. In Anſehung der Ehegelöbniſſe, die nach einem neuern ſächſ. Geſetz über privilegirte Gerichtsſtände und einige damit in Verbindung ſtehende Gegenſtände v. 28. Januar 1835. (GS. n. 19.) §. 52. unter keinerlei Umſtänden die Verbindlichkeit zur Vollziehung der E[illegible] begründen, kann wohl die Frage aufgeworfen werden, ob eir durch Trauung noch nicht vollzogenes Ehegelöbniß noch zur Enterbung berechtige? Die Frage wird bejahet von den AG. zu Leipzig, v. Hartitzſch n. CLXI.

§. 708.

B) Die Urſachen, um derer willen Kinder ihre Aeltern enterben dürfen, ſind: 1)[a]) wenn die Aeltern ihre Kinder wegen eines peinlichen Verbrechens angeklagt haben[b]); doch ſind Hochverrath und Majeſtätsverbrechen hiervon ausgenommen; 2) wenn ſie den Kindern nach dem Leben getrachtet haben; 3) wenn der Vater mit der Schwiegertochter Unzucht treibt[c]); 4) wenn die Aeltern ihre Kinder verhindert haben, ein Teſtament zu machen, oder ein ſchon gemachtes wieder abzuändern[d]); 5) wenn ein Ehegatte dem andern nach dem Leben getrachtet hat; welchenfalls die Kinder den verbrecheriſchen Ehegatten enterben können[e]); ferner gehört hierher 6) wenn ſich die Aeltern ihrer wahnſinnigen, oder 7) in Gefangenſchaft gerathenen Kinder nicht annehmen, und 8) wenn die Aeltern zu einer in Teutſchland nicht geduldeten Religion übergehen.

a) Nov. 115. cap. 4. Mühlenbruch §. 1425. Die meiſten der hier erwähnten Gründe ſind für Enterbung der Aeltern und Kinder gemein.

b) Die N. ſetzt ein Kapitalverbrechen voraus, in Anſehung deſſen die Kinder eine Unterſuchung, wenn auch nicht gerade durch Anklage, veranlaſſen; vgl. v. Buchholz S. 141. Mühlenbruch S. 167.

c) Vgl. von Buchholz a. a. O. Mühlenbruch S. 168. Glück S. 245.

d) Vorauszuſetzen iſt natürlich, daß den Kindern test. factio activa zuſtehe; vgl. v. Buchholz a. a. O. Mühlenbruch S. 169.

e) Auch wenn dieſer nicht zu den leiblichen Aeltern des Teſtirers gehört; v. Buchholz S. 142. Mühlenbruch S. 170.

§. 709.

Wir bemerken noch hierbei: 1) Nicht nur der Vater, ſondern auch die Mutter und mütterlichen Aſcendenten müſſen ihre Kinder im Teſtamente entweder zu Erben einſetzen, oder in der vorgedachten Maaße enterben. Wenn ſie ihre Kinder entweder ganz übergehen, oder ohne Anführung irgend einer Urſache, oder mit Beifügung einer ſolchen Urſache, deren in den Geſetzen nicht gedacht wird, enterben, ſo iſt das Teſtament null und nichtig[a]). Iſt

hingegen die Enterbung nach Vorſchrift der Geſetze und mit Beifügung einer geſetzlichen Urſache geſchehen, ſo iſt das Teſtament gültig; wenn jedoch die angeführte Urſache nicht in der Wahrheit beruht, ſo wird daſſelbe als pflichtwidrig reſcindirt [b]). 2) Ein Gleiches gilt auch von den Teſtamenten der Kinder, worin ſie ihre Aeltern übergangen oder enterbt haben [c]). 3) Die angeführten Enterbungsurſachen laſſen keine ausdehnende Erklärung zu [d]). 4) Der Erbe hat jeder Zeit den Beweis der Wahrheit der Enterbungsurſachen zu führen [e]).

a) Nach dem ältern römiſchen Recht hatte zwar nur der Vater die Verbindlichkeit auf ſich, ſeine Kinder, welche ſich in deſſen väterlicher Gewalt befanden, entweder einzuſetzen, oder namentlich zu enterben, da hingegen die Mutter oder mütterlichen Adſcendenten die Kinder, ſo wie auch die Kinder ihre Aeltern, übergehen konnten, ohne daß das Teſtament hierdurch nichtig wurde, §. 7. I. de exhered. liber., ſo daß dieſelben bloß zur Anſtellung der querelae inofficiosi berechtigt blieben; §. 1. I. de inoff. test. l. 5. §. 1. l. 13. in fin. l. 14. l. 15. pr. l. 30. pr. D. eod. l. 17. l. 28. C. eod. Wenn auch dieſe Verordnung nach der Behauptung der angeſehenſten Rechtslehrer, ſ. J. G. Bauers D. de eo, quod just. est circa form. exher. §. 12. Chr. Gottl. Haubolds angez. D. de differentiis inter test. nullum et inofficiosum p. 25. Hofacker a. a. O. §. 1284.) durch N. 115. nicht aufgehoben ſeyn ſollte, ſo iſt doch in Sachſen, vermöge c. 9. p. III. ein Andres zu behaupten. Berger Oec. II. 4. th. 14. n. 2. th. 55. n. 1.; vgl. §. 692. not. q. r. s. §. 964. — Daß Aeltern durch bloße Präterition adjecta caussa ausgeſchloſſen werden können, ward §. 705. not. a. erwähnt. Aber auch außerdem, und abgeſehen davon, daß bei der vorſtehenden Bemerkung die prätoriſchen Notherben des ältern Rechts (692. not. n. p.) gänzlich unbeachtet geblieben ſind, muß gegen die Worte des §., in welchem von Nichtigkeit des Teſtaments die Rede iſt, erinnert werden, daß nach der N. bloß die Erbeinſetzung ungültig wird; und dagegen ſowohl pupillaris substitutio als insbeſondere Legate und Fideicommiſſe gültig bleiben; vgl. Berger de legat. ex test. inoff. praest. Viteb. 1718. Mühlenbruch a. a. O. S. 284. Wenn die angez. c. 9. p. III. von Nichtigkeit des Teſtaments ſpricht, ſo liegt hier nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks vor; vgl. die Conſultat. tom. I. p. 2. qu. 31. tom. II. p. 2. qu. 22. bei Mindan. S. 191. 193. Carpzov ad d. const. def. 3. Was daher im §. von Gültigkeit oder Ungültigkeit, Reſciſſion des Teſtaments geſagt wird, das iſt auf Erbeinſetzung zu beſchränken.

b) l. 3. 4. D. de inoff. test. Berger a. a. O. — Die Frage, welches Rechtsmittel nach den Beſtimmungen der N. 115. gegen das die Rechte der Notherben verletzende Teſtament Statt habe? wird von den Rechtslehrern verſchieden beantwortet, je nachdem ſie dem ſogenannten Nullitäts- oder Inofficioſitäts-Syſtem huldigen; vgl. §. 692. not. s.; vgl. J. N. Schedel. de eo quod circa materiam exheredationis et praeteritionis N. 115. c. 3. mutatum est. Giess. 1725. Die Anhänger des erſten nehmen an, daß Verletzung der Notherbenrechte immer Nullität bewirke, womit denn freilich nichts Geringeres behauptet wird, als daß die alte querela inoff. ſo gut als gänzlich antiquiret worden ſey, ſtatt deren qu. nullitatis als eine Art der hered. petitio tit. ab intestato eintritt. Francke §. 30. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 245 ff. Andere, wie Koch bonor. possess. S. 136. Valett Notherbenr. §. 36. Glück VII. §. 551. S. 347. §. 555. S. 396., welche zu dem zweiten Syſtem ſich bekennen, nehmen eine rescissio durch querela inofficiosi an. Eine mittlere Meinung iſt die in dem §. vorgetragene, welcher auch Mühlenbruch in den frühern Ausgaben des Pand. Comp. III. §. 584. beipflichtete. Daß hier nicht ein Streit um Worte geführt werde, erhellt aus den mannigfachen Verſchiedenheiten, welche zwiſchen der alten querela inoff. und der querela nullitatis ſich ergeben; vgl. darüber außer der angef. Hauboldſchen diss. Glück VII. §. 551. S. 338. 342. Mühlenbruch a. a. O. S. 289 ff.; ſ. auch unten §. 958 ff. Uebrigens nehmen auch die, welche dem Inofficioſitäts- oder gemiſchten Syſtem huldigen, an, daß die querela inofficiosi, welche ſie gelten laſſen, durch N. 115. inſofern modificirt worden ſey, als ſie nur die Erbeinſetzung anficht und in Beziehung auf die Wahrheit der angeführten Enterbungsurſache die Laſt des Beweiſes auf den eingeſetzten Erben wälzt. Und eben ſo behaupten die, welche wegen Verletzung der Vorſchriften der N. Nullität der Erbeinſetzung annehmen, nur eine beſchränkte, relative Nullität, inſofern dieſelbe dadurch bedingt iſt, daß der Notherbe den Anfall der Erbſchaft erlebt habe; vgl. §. 693. not. e. Mühlenbruch a. a. O. S. 255. Auch ſind die meiſten Rechtslehrer einverſtanden, daß durch Aufhebung der Erbeinſetzung mittelſt des auf N. 115. gegründeten Rechtsmittels die reine Inteſtaterbfolge herbeigeführt, nicht bloß, wie bei der alten querela inofficiosi, nur dem Kläger der dieſem gebührende Erbtheil verſchafft werde. A. M. ſind jedoch, was dieſen Punct betrifft, Huber prael. ad pand. 5. 2. §. 9. u. Noodt comm. ad pand. V. 2. C. C. Weſtphal v. Teſt. §. 1026. Aus jener Annahme folgt zwar nicht, daß nach der N. der verletzte Notherbe mehr als den ihm gebührenden Erbtheil fordern könne; vielmehr behält auch das auf die N. gegründete Rechtsmittel in allen Fällen, in welchen der klagende Notherbe nicht zugleich der einzige nächſte Inteſtaterbe

iſt, wie dies namentlich der Fall ſeyn kann, wenn Adſcendenten verletzt worden ſind, N. 115. cap. 4. in fin., die Natur einer hereditatis petitio particularis; wohl aber folgt, daß neben dem Kläger auch andere gleichberechtigte Inteſtaterben, ſelbſt wenn ſie nicht Notherben ſind, ihren Erbtheil fordern können; vgl. Mühlenbruch §. 1425 b. S. 266. Francke §. 30. A. M. iſt jedoch auch hier Glück VII. §. 558. S. 448. Uebrigens iſt nicht zu leugnen, daß man bei der Annahme: es werde nach der N. wegen verletzter Pflichttheilsrechte die reine Inteſtaterbfolge herbeigeführt, auf manche, namentlich für die Anhänger des Nullitäts-Syſtems, ſchwer zu beantwortende Streitfragen ſtößt, die indeß auch in andern Fällen der ſogen. successio contra testamentum aufgeworfen und daher erſt weiter unten §. 961 ff. geprüft werden können.

c) Berger a. a. O. Man bemerke jedoch: von Nichtigkeit im Sinne des ältern Rechts, wie ſie bei der Präterition eines suus heres vorkam, kann hier nicht die Rede ſeyn, da Aeltern nie förmliches Notherbenrecht hatten und in Beziehung auf dieſelben ſchon praeteritio adjecta caussa als rechtsbeſtändige Ausſchließung galt. Alſo nur Nichtigkeit im Sinn der Novelle, welche bedingt iſt durch Daſeyn des Notherben zur Zeit des Erbanfalls, und nur die Erbeinſetzung afficirt, kommt hier in Frage. Ob aber wegen ungeſetzlicher Ausſchließung die querela nullitatis juris novi oder die alte querela inofficiosi, oder dieſe neben jener gelte, dies iſt auf dieſelbe Weiſe zu beantworten, wie in dem Fall, wenn Aeltern ihre Kinder unrechtmäßiger Weiſe ausgeſchloſſen haben. Und inſofern läßt ſich allerdings ſagen, daß von den Teſtamenten der Kinder, welche ihre Aeltern übergangen oder enterbt haben, ein Gleiches gelte wie von Teſtamenten der Aeltern, in denen die Kinder ausgeſchloſſen worden ſind.

d) Nov. 115. c. 3. prooem. Deciſ. 52. v. J. 1661. Siehe jedoch Bergeri Oec. II. IV. 14. 4. und Stryck a. a. O. c. 19. §. 24. Zoller de exher. lib. ad alias caussas in N. 115. non express. haud ext. L. 1781. Köchy Meditat. n. 21. Overbeck I. Med. 54. Glück VII. §. 551. S. 247. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 a. S. 176. Eine unſtatthafte Ausdehnung würde auch in Anſehung einer in der N. erwähnten Enterbungsurſache vorkommen, wenn ſie für Perſonen des einen Geſchlechts gegeben wäre und nun auf Perſonen des andern Geſchlechts angewendet werden ſollte. Noch iſt außerdem in Beziehung auf Enterbungsurſachen zu bemerken: 1) die angeführten Urſachen geben bloß ein Recht, keine Pflicht zu enterben. Der Teſtirer kann alſo von demſelben willkührlich Gebrauch machen; hat er keinen Gebrauch gemacht, ſo können dergleichen Urſachen nicht von andern benutzt werden, um den Notherben auszuſchließen; vgl. Erbg. §. 95. Dadurch unterſcheiden ſich die Ur-

ſachen der Enterbung von denen, welche Indignität eines im Teſtament Bedachten begründen. Ein vorläufiges Verſprechen, nicht enterben zu wollen, ſchließt das Recht ex jusla causſa zu enterben im Allgemeinen nicht aus. Mühlenbruch S. 186. (obgleich die angeführte l. 23. D. de R. I. nur ein ſehr ſchwaches Argument für den Satz darbieten möchte). Eine Ausnahme würde wenigſtens nach heutigem Recht bei den §. 707. n. 10. 14. 15. §. 708. n. 8. angegebenen Urſachen zuzulaſſen ſeyn. Hat der Teſtirer Gebrauch von den Enterbungsurſachen gemacht, ſo kann er davon wieder abgehen und dem Schuldigen Verzeihung angedeihen laſſen; nur muß bezweifelt werden, daß, wenn der Teſtirer der Verzeihung ungeachtet das Teſtament fortbeſtehen läßt, die Enterbung angefochten werden könne; vgl. §. 706. n. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 186. Marezoll in Linde's Zeitſchr. VI. 2. u. die daſ. not. 68. angef. Rechtslehrer, Glück VII. §. 551. S. 217. Reue und Beſſerung von Seiten des Schuldigen allein hebt eine bereits bewirkte Enterbung ebenfalls nicht auf; Glück a. a. O. S. 222. Ob aber eine bereits eingetretene Reue und Beſſerung das Recht zu enterben aufhebe, iſt eine Frage, die wohl ſchwerlich mit Mühlenbruch S. 185. allgemein bejahet werden kann, ſobald nicht auch Verzeihung hinzugetreten iſt; vgl. jedoch v. Hartitzſch n. CLXIII. 2) Was insbeſondere Enterbungsurſachen betrifft, welche eine Beleidigung oder Verletzung der Aeltern oder Kinder enthalten, ſo iſt die Frage, ob eine ſolche Verletzung oder Beleidigung, welche nicht gegen den Teſtirer, ſondern gegen einen Andern, der zu dem Beleidiger in demſelben Verhältniſſe ſtand, wie der Teſtirer, gerichtet war, letzterm ein Recht der Enterbung gewähre. Dieſe Frage kann bei allen Enterbungsurſachen mit Ausnahme n. 5. 7. 10. 14. des §. 706. 707. u. n. 8. §. 708. vorkommen; und in den Fällen n. 6. des §. 706. n. 5. §. 708. iſt ſie ohne Zweifel zu bejahen; im übrigen vgl. §. 706. n. 1. Glück a. a. O. S. 215. Francke Notherbenr. §. 32. S. 404. Mühlenbruch a. a. O. S. 171. v. Buchholz S. 144 ff., nach welchen in den übrigen Fällen die Frage zu verneinen iſt.

e) N. 115. c. 3. pr. §. 14. in fin. cap. 4. in fin.; vgl. auch Erbg. §. 87. Weber über Beweisführ. im Civilproc. VI. §. 26. Glück VII. §. 551. S. 263. Mühlenbruch XXXVII. §. 1423. S. 123 ff. In dubio ſoll die Wahrheit der Enterbungsurſachen angenommen werden; v. Hartitzſch n. CLXIV.

§. 710.

Die Beſtimmung, daß die Enterbung aus einer in den Geſetzen anerkannten Urſache geſchehen müſſe, ſetzt Abſicht des Teſtirers, und zwar eine ſolche voraus, welche auf

Benachtheiligung oder Beſtrafung des Notherben (notandi heredis caussa) gerichtet iſt. Es kann aber auch A) eine exheredatio in guter Abſicht, bona mente, erfolgen [a]). Auf dieſe paßt jene Beſtimmung nicht. Hierher gehört z. B., wenn der Vater ſeinem wahnſinnigen oder verſchwenderiſchen Sohne, mit Anführung dieſer Urſache, bloß die Alimente vermacht, und die Enkel zu Erben einſetzt ꝛc. [b]). Nur darf nach ſächſ. Recht eine ſolche Enterbung nicht den Gläubigern des Enterbten zum Nachtheil gereichen, ſondern dafern dieſer ſchon zu der Zeit, als der Teſtirer das Teſtament machte, in Abfall der Nahrung gerathen war, ſo iſt die Enterbung in Anſehung des Pflichttheils ungültig [c]); ja, wenn der Teſtirer nicht einmal im Teſtamente anführt, daß die Enterbung in guter Abſicht, oder zum Beſten des Enterbten ꝛc. geſchehe, ſo würden die Gläubiger das ganze Teſtament als ungültig umzuſtoßen befugt ſeyn [d]). Wenn dagegen B) der Teſtirer die Abſicht, einen vorhandenen Notherben auszuſchließen, gar nicht gehabt, ſondern denſelben in der irrigen Meinung, daß er gar nicht vorhanden ſey, oder vorhanden zu ſeyn aufgehört habe, übergangen hatte; ſo tritt auch hier der Uebergangene an die Stelle des eingeſetzten Erben, mit der Verpflichtung, die ausgeſetzten Vermächtniſſe zu bezahlen [e]).

a) l. 16. §. 2. D. de curat. furios. l. 18. D. de lib. et posthum. l. 12. §. 2. D. de bonis libert. l. 16. D. de b. p. c. tab. l. 25. C. de inoff. test. Hommel Obs. 652.

b) d. l. 16. D. de curat. furios. Berger Oec. II. IV. 14. 3. Pufendorf T. I. Obs. 192. Leyſer sp. 358. m. 4. Doch glaubt Hommel a. a. O., daß dem ſolchergeſtalt Enterbten, ob es gleich in guter Abſicht geſchehen, doch jederzeit frei ſtehe, das Teſtament als nichtig anzufechten, arg. l. 47. D. de bon. libert. Vgl. Madihn princ. jur. Rom. P. II. §. 561.; vgl. über exh. bona mente facta Carpzov. p. 3. c. 9. def. 11. J. A. Frommann. de exhered. liberor. bona mente facta Tubing. 1705. J. J. Reinhardt. de eo, quod iust. c. exh. b. m. fact. ejusque usum hod. Erff. 1743. F. G. Zoller, de exh. b. m. f. L. 1769. Böhmer Rechtsf. I. 1. n. 31. Glück VII. §. 551. S. 205. 255. Zimmern im Arch. für civ. Pr. VIII. 7. Francke Notherbenr. §. 31. Mühlenbruch Comm. XXXVII. §. 1425 e.

Ob es eine exh. b. m. facta mit rechtlichen Wirkungen nach römiſchem Recht gegeben habe, und ob, wenn dies der Fall ſeyn ſollte, dieſelbe als noch fortbeſtehend nach Juſtinian. Recht angenommen werden könne, iſt beſtritten. Die gemeine Meinung, welcher auch Mühlenbruch a. a. O. beipflichtet, iſt für die bejahende Beantwortung dieſer Fragen. A. M. iſt vornehmlich Francke a. a. O. So viel ſcheint jeden Falls ausgemacht, daß die Dispoſition der N. 115. nicht auf eine exh. b. m. facta bezogen werden könne. Angenommen nun, daß exh. b. m. f. als ein mit rechtlichen Wirkungen begabtes Inſtitut beſtehe, ſo iſt allgemeines Erforderniß, daß dem Enterbten der Nachtheil, welchen er durch die Enterbung leidet, durch einen anderweitigen Vortheil erſetzt werde; wobei jedoch zu bemerken iſt, daß nicht immer der Vortheil des Enterbten ſelbſt, ſondern auch der Vortheil ſolcher Perſonen in Betracht kommt, auf welche ein mittelbarer Vortheil gelangt ſeyn würde, wenn der Enterbte eingeſetzt worden wäre; vgl. beſ. die angef. l. 16. D. de cur. fur. und dazu Mühlenbruch S. 433 ff. Iſt die exh. b. m. facta eine gänzliche Ausſchließung von dem Nachlaß, ſo iſt auch, abgeſehen von der allegatio caussae, die gewöhnliche Form der Enterbung zu beobachten. Dagegen bedarf es deſſen nicht, wenn eine bloße Belaſtung des Erbtheils (§. 702.) in guter Abſicht erfolgt. Ueber einzelne Fälle, in denen außer den in den angeführten Geſetzen erwähnten exh. b. m. ſtatthaft erſcheint, ſ. Mühlenbruch S. 452.

c) Deciſ. 25. v. J. 1746.; vgl. Mühlenbruch S. 447.

d) Hommel a. a. O. Mühlenbruch S. 462.

e) Dies galt ſchon nach älterm Recht, l. 28. D. de inoff. test. l. 92. D. de her. inst.; aber freilich nur für Pflichttheilsberechtigte, welche nicht die Rechte der sui heredes hatten; vgl. Mühlenbruch XXXV. §. 1421 e. S. 380 ff. Es fragt ſich nun, welche Bedeutungen dieſe Beſtimmungen nach der N. 115. haben. Gewiß iſt, daß dieſelbe nur von liebloſer, nicht von irrthümlicher Ausſchließung der Notherben handelt. Nimmt man nun an, daß durch die N. das alte Notherbenrecht nicht aufgehoben worden ſey; ſo ſcheint es conſequent, auch anzunehmen, daß die Beſtimmungen der angez. Geſetze in der angegebenen Beſchränkung fortbeſtehen; hingegen ein Teſtament, in welchem ein suus heres, wenn auch nur irrthümlich, übergangen worden iſt, nichtig ſey. Bekennt man ſich aber zu der Anſicht, daß mit der Novelle das alte Notherbenrecht aufgehört habe, Notherbenrecht und Pflichttheilsrecht verbunden worden ſey, ſo iſt die Entſcheidung ſchwieriger. Doch iſt wohl im Geiſt der N. anzunehmen, daß irrthümliche Ausſchließung eines Notherben in keinem Fall nachtheiligere Folgen nach ſich ziehen könne, als abſichtliche; daß daher in keinem Fall Nichtigkeit des ganzen Teſtaments eintrete, ſondern die der Verordnung der N. ſich an=

nähernden Beſtimmungen des alten Rechts nunmehr allgemeine Gültigkeit erlangt haben. Glück VII. §. 554. S. 372. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 c. S. 349.

§. 711.

Da C) Geſchwiſter nach dem neuern ſächſ. Recht keinen Anſpruch auf Pflichttheil haben[a]), ſo übergehen wir dasjenige, was nach gem. Recht nicht ohne mannigfache Verſchiedenheit der Meinungen über Notherbenrecht der Geſchwiſter und deren Ausſchließung von der Erbſchaft als gültig angenommen wird[b]); und bemerken D) in Anſehung des Pflichttheils der Ehegatten, daß das neuere ſächſiſche Recht 1) eine beſtimmte Form der Enterbung, namentlich α) Beobachtung der Solennitäten, welche bei einem öffentlichen, oder einem feierlichen Privatteſtament nothwendig ſind[c]), β) ausdrückliche Angabe einer in dem Geſetz gebilligten Urſache der Enterbung[d]) erfordert. — 2) Als rechtmäßige Urſache der Enterbung, deren Wahrheit jeden Falls von dem Erben bewieſen werden muß[e]), gelten α) Zwang oder Betrug, welcher die Eingehung der Ehe veranlaßt hat[f]), β) Ehebruch, außer, wenn der andere Ehegatte auf gleiche Weiſe die eheliche Treue verletzt hat[g]), γ) bösliche Verlaſſung[h]), δ) lebensgefährliche Inſidien[i]), ε) ein anderes gegen den Ehegatten begangenes Verbrechen, worauf Zuchthaus, eine gleiche oder härtere Strafe ſteht[k]). 3) Der Enterbung gleich zu achten iſt, wenn der Ehegatte aus einem der angeführten Gründe[l]) Annullation oder Scheidung, oder auch lebenslängliche Separation nachgeſucht hat, vorausgeſetzt, daß bei der Behörde ein Sühneverſuch vergeblich Statt gefunden hat[m]). In dieſem Fall ſind die Erben oder Verwandten des Verſtorbenen das Erbrecht des überlebenden Ehegatten zu beſtreiten befugt[n]), was ihnen, den Fall der Enterbung ausgenommen, außerdem nur noch in einem andern Falle zuſteht[o]). 4) Für den unter 3) erwähnten Fall ſowohl, als den der Enterbung bewirkt Verzeihung des andern Ehegatten, gleichviel ob ausdrücklich oder ſtillſchweigend, vor oder nach der Enterbung oder dem Geſuch um Trennung erfolgt[p]), daß dem ſchuldigen Ehegatten we=

nigſtens der Pflichttheil verbleibt [q]). 5) Die Dispoſition, durch welche das Pflichttheilsrecht des Ehegatten verletzt ward, iſt nur in ſo weit ungültig, als ſie den Pflichttheil verletzt [r]).

a) Erbg. §. 64.; vgl. §. 693. not. c.

b) Man leitet die caussae exheredationis für Geſchwiſter aus N. 22. c. 47. ab, läßt aber auch noch andere, als die daſelbſt angeführten zu; Madihn princ. jur. rom. 11. §. 552. n. 6. Uebrigens hält man ausdrückliche Angabe der Enterbungsurſache keineswegs für nöthig. Stryck a. a. O. c. 19. §. 42. Bauer a. a. O. §. 18. Ueberhaupt vgl. Glück VII. §. 551. S. 206. 555. S. 401. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 d. Francke §. 16.

c) Erbg. §. 86. Man bemerke, daß nur von Feierlichkeiten des Teſtaments, nicht von den §. 705. angeführten Förmlichkeiten der Enterbung die Rede iſt, welche mithin wegzufallen ſcheinen, in ſo fern ſie nicht in dem Geſetz ausdrücklich erwähnt worden ſind.

d) Erbg. §. 86. Doch gilt auch hier wohl exheredatio bona mente facta; vgl. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 e. S. 464.

e) Erbg. §. 87.; vgl. §. 709. Unter Erben ſind ſowohl die eingeſetzten als die geſetzlichen Erben zu verſtehen.

f) Erbg. §. 85. Directer Zwang von Seiten der Ehegatten, namentlich der Ehefrau, wird freilich ſelten oder nie die Eingehung einer Ehe veranlaſſen. Wie, wenn beide Theile einander hintergangen haben? Das Geſetz läßt hier keine Compenſation zu; vgl. aber l. 36. D. de dolo malo l. 154. D. de R. I.

g) Erbg. §. 85. Es entſteht hierbei die Frage, ob nicht auch desertio malitiosa des andern Ehegatten, die doch, vorausgeſetzt, daß ſie dem Ehebruch vorherging, immer als Grund der Milderung der Strafe des Ehebruchs galt, das Recht der Enterbung wegen Ehebruchs ausſchließe.

h) Erbg. §. 85.; vgl. c. 26. p. III. und dazu Carpzov.

i) Erbg. §. 85.

k) Erbg. §. 85. Es iſt die Rede von der in thesi gültigen Strafe, die freilich in vielen Fällen nicht mit Beſtimmtheit ſich angeben laſſen wird. Zweifelhaft iſt, welche Strafe der Zuchthausſtrafe gleichſtehe; vgl. für Sachſen Cr.GB. v. 1838. art. 53. Nach der unmittelbar vorhergehenden Bemerkung iſt man ſchwerlich berechtigt, darunter eine durch Strafverwandlung an die Stelle des Zuchthauſes getretene Strafe zu verſtehen.

l) Alſo nicht aus einem der übrigen Gründe, aus welchen man Trennung der Ehe zuläßt, z. B. mehrjährige Zuchthausſtrafe, welche der andere Ehegatte zu erdulden hat, Impotenz u. dergl. Uebri-

gens verſteht ſich von ſelbſt, daß auch die zuläſſigen Gründe, wenn ſie nicht bereits in dem Scheidungsproceß bewieſen worden ſind, von den betheiligten Erben bewieſen werden müſſen.

m) Erbg. 88. Vorausgeſetzt wird alſo ein eingeleiteter, aber nicht beendeter Scheidungsproceß. Dabei entſtehen jedoch mehrere Zweifel: Was gilt, wenn nach dem Sühneverſuch der Scheidungsproceß von dem klagenden Theile liegen gelaſſen worden iſt? Iſt dies, wenn nicht etwa der klagende Theil auch von dem Recht der Enterbung Gebrauch gemacht hat, als ſtillſchweigende Verzeihung (vgl. §. 89.) anzuſehen? Was iſt Rechtens, wenn wegen böslicher Verlaſſung auf Fortſetzung der Ehe geklagt worden iſt? In dem letztern Fall ſcheint contumacia des Schuldigen und ein darauf gegründeter Antrag auf Scheidung vorliegen zu müſſen; ehe die Beſtimmung des §. in Anwendung gebracht werden kann.

n) Erbg. §. 95. Hier alſo eine Ausnahme von der Regel des gem. Rechts, daß die Ausſchließung eines Notherben in einem Teſtament geſchehen müſſe; da es überhaupt nicht einmal einer ausdrücklichen Willenserklärung des Erblaſſers bedarf. Eigentlich liegt hier ein Fall der Indignität vor; Erbg. §. 103.

o) Nämlich wenn der überlebende Ehegatte wiſſentlich mit dem verſtorbenen eine Ehe eingegangen iſt, die entweder wegen eines bereits beſtehenden Ehebandes, oder wegen zu naher Verwandtſchaft nicht geduldet werden kann. Erbg. §. 95.

p) Erbg. §. 89. Nach den allgemeinen Beſtimmungen könnte man alſo wohl auch das Beharren in dem Ehebunde als eine ſtillſchweigende Verzeihung deuten; beſonders wenn dies Beharren nicht etwa bloß Negatives, ein bloßes Gehenlaſſen, iſt, ſondern auch poſitive Bezeigungen, wie Erfüllung der ehelichen Pflicht, hinzukommt.

q) Wenn der Ehegatte mit Verwandten der vierten Claſſe concurrirt, erhält er überdies den ganzen §. 69. beſtimmten Erbtheil, ſo weit der Verſtorbene darüber nicht disponirt hat.

r) Erbg. §. 71. Eine zugefügte Beſchwerde wird pro non adjecta geachtet, §. 73. Die cautela Socini braucht jedoch hier nicht ausdrücklich beigefügt zu ſeyn; denn der Ehegatte erhält, wenn er die Dispoſition des Verſtorbenen nicht anerkennt, nur den Pflichttheil; d. §. 75. Uebrigens hat der überlebende Ehegatte das Recht, widerrufliche Dispoſitionen, welche den Pflichttheil verletzen, anzufechten, unbedingt, ſelbſt wenn ſie vor Eingehung der Ehe errichtet worden ſeyn ſollten; ſo daß das Eingehen einer Ehe eine von dem einen Ehegatten vorher errichtete Dispoſition der erwähnten Art in gewiſſer Maaße rumpirt. Unwiderrufliche Dispoſitionen können wegen Verletzung des Pflichttheils nur inſofern angefochten werden, als ſie nach eingegangener Ehe errichtet worden ſind. Erbg. §. 71. 72. Endlich wird durch Verzicht oder Vergleich der Anſpruch auf den

Pflichttheil immer ausgeſchloſſen oder modificirt. §. 70. 79. 80. 81. 82. 83. Mehr davon unten, wenn von der Erbfolge der Ehegatten überhaupt die Rede ſeyn wird.

Viertes Capitel.

Von der Nacherbeneinſetzung.

§. 712.

Die Nacherbeneinſetzung (Substitutio) iſt die Ernennung eines andern Erben auf den Fall, da der erſt eingeſetzte Erbe wegfallen ſollte [a]). Zu einer jeden Subſtitution werden alſo nothwendig zwei Erben erfordert, von welchen der eine dem andern untergeordnet iſt; doch kann der Teſtirer auch noch weitere Vorſehung treffen, und auf den Fall, wenn auch der zweite Erbe wegfallen ſollte, einen dritten, und wenn dieſer wegfällt, einen vierten ꝛc. ernennen. Von dieſer eigentlichen Subſtitution, welche man auch die gemeine zu nennen pflegt, iſt die Substitutio pupillaris, quasi pupillaris und militaris zu unterſcheiden, von welchen wir hernach handeln.

a) Herm. Vultejus D. de vulgari et pupillari substitutione. Marb. 1583. Petr. de Toullieu D. de substitut. vulgari. Ling. 1701. Petr. Bolten D. de vulgari subst. Ultraj. 1738. Stryck de caut. test. c. 18. m. 1. Th. Papillonius de subst. directa; in Otto thes. tom. IV. Z. Huber. casus enucleati quaest. forens. c. 10. Leyſer sp. 362. H. Ramos del Monzano praelectt. ad tit. D. de V. et P. S. in Meermanns thes. tom. VII. Jos. Finestres de Monsalvo praelect. Cervarienses s. comm. acad. ad tit. Pand. de inoff. test. ac de vulg. et pup. subst. Cerv. 1752. Mühlenbruch doctr. Pand. III. §. 667 ff.; vgl. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XL. §. 1445 ff. Schweppe §. 811—813. Substitutio iſt nicht bloß bei der Erbeinſetzung, ſondern auch bei Vermächtniſſen denkbar. Carpzov p. III. c. 8. def. 21.; vgl. Schweppe §. 811. Ihrem Weſen nach iſt ſie etwas Bedingtes. Außer den in dem §. angeführten Eintheilungen iſt noch zu bemerken, 1) die Eintheilung in directa und fideicommissaria; von letzterer wird unten bei der Lehre von Fideicommiſſen die Rede ſeyn; 2) in expressa und tacita. Abgeſehen davon, daß man die eine Art der substitutio in der andern enthalten, die für einen Fall ausgeſprochene Subſtitution als

ausgeſprochen auch für den andern Fall annimmt; vgl. §. 720. not. a.; ſo wird eine tacita substitutio angenommen, α) in dem Fall der l. 24. 25. D. de her. inst., β) in dem Fall, wenn mehrern wechſelſeitig ſubſtituirten Erben ein Fideicommiß hinterlaſſen worden iſt; hier wird auch reciproca substitutio in Anſehung des Fideicommiſſes angenommen, ſelbſt wenn dies nicht ausdrücklich ausgeſprochen worden ſeyn ſollte, l. 64. D. de leg. 2. Eben ſo folgert γ) Leyſer sp. 362. m. 3. eine tacita substitutio der Kinder eines ante delatam hereditatem verſtorbenen Erben, aus der Dispoſition des Teſtators, vermöge deren der Nachlaß in Stämme vertheilt werden ſollte, zu deren einem der Verſtorbene gehörte; vgl. Faber error. pragm. dec. XXXIII. c. 6.

§. 713.

Die gemeine Subſtitution (subst. vulgaris) ſetzt voraus, daß der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft nicht antreten will oder kann [a]), und ihr Zweck iſt zu bewirken, daß das Teſtament nicht hierdurch unwirkſam (destitutum) werde. Hat ſich der Teſtirer nur auf den einen Fall, z. B. wenn der eingeſetzte Erbe nicht Erbe ſeyn kann, bezogen, ſo wird ſolches auf den andern Fall, nämlich wenn er nicht Erbe ſeyn will, und umgekehrt, erſtreckt [b]). Uebrigens kann der Teſtirer nicht nur, wenn er einen Erben eingeſetzt hat, mehrere Nacherben ernennen, ſondern auch umgekehrt mehrern eingeſetzten Erben einen Nacherben ſubſtituiren [c]); auch kann er mehrere zugleich eingeſetzte Erben einander wechſelsweiſe ſubſtituiren (substitutio reciproca, breviloqua) [d]).

a) pr. I. de vulg. subst. l. 1. l. 36. D. de vulg. et pup. subst.

b) l. 3. C. de hered. inst. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 18. n. 2. Pufendorf T. II. Obs. 98. Weſtphal Rechtsgutachten n. 52. v. Hartitzſch n. CCCCI. Doch ſcheint die entgegengeſetzte Anſicht die richtigere. Huber. praelect. ad Pand. h. t. §. 1. Vinnius ad §. 1. I. de V. subst. Faber. l. 1. n. 6. Schweppe §. 811. S. 103. Beide Fälle ſind dagegen unter der allgemeinen Formel: si heres non erit, begriffen. Mühlenbruch XL. §. 1447. S. 301. Ueber die substitutio, welche dem abweſenden Erben für den Fall geſchiehet, wenn derſelbe nicht zurückkehren ſollte, Bauer. resp. 60. L. 1796.

c) §. 1. I. de vulg. subst. l. 36. D. de v. et p. subst.

d) d. l. 36. §. 1. Dig. J. A. Cleemann D. de reciproca heredum substitutione. Lips. 1770. Sutorius pr. Reuter. de subst.

reciproca. Hal. 1750. in des Letztern Exerc. acad. Mühlenbruch XL. §. 1448. S. 310. — Es iſt bei der subst. vulgaris zu betrachten A) die Perſon, welcher ſubſtituirt wird. Dies iſt der Erbe und zwar ſowohl heres primi gradus, als der heres substitutus; vgl., was den letztern Fall betrifft, §. 714. n. 1. Bei mehrern Erben kann Subſtitution, ſowohl für einzelne als für alle des vorhergehenden Grades erfolgen; vgl. §. 714. n. 3. Auch einem suus heres kann nach gem. Recht ſubſtituirt werden; vgl. l. 86. D. de her. inst. l. 6. C. de inst. et subst. Faber. Err. pragm. a. a. O. c. 7. Averan. interpr. V. 30. Madihn in der §. 716. not. a. angef. Schrift §. 7. p. 15. u. §. 17. Nach ſächſ. Recht iſt wegen Erbg. §. 124. eine Beſchränkung in dieſer Hinſicht auf keine Weiſe anzunehmen. In wie fern einem Notherben ſubſtituirt werden könne, ſ. §. 702. not. c. — B) Die Perſon des Subſtituirten. Dies iſt entweder ein Miterbe des Inſtituirten, oder ein Dritter, der in dem vorhergehenden Grad nicht eingeſetzt war. Iſt jeder der eingeſetzten Erben dem andern ſubſtituirt, ſo iſt dies der Fall der substitutio reciproca. Dabei laſſen ſich mancherlei Combinationen der verſchiedenen Subſtitutionsfälle denken. Die substitutio reciproca unterſcheidet ſich übrigens von der einfachen substitutio eines Miterben dadurch, daß man bei erſterer Erbe des erſtern Grades geworden ſeyn muß, um jure substitutionis zu erben, l. 23. l. 45. §. 1. D. de V. et P. S., was bei der einfachen Subſtitution eines Miterben nicht nöthig iſt, l. 76. D. de acqu. vel om. her. Die Subſtitution der Notherben iſt unbedenklich, wenn ſie als Miterben eingeſetzt und zugleich dem andern ſubſtituirt worden ſind; außerdem würde vorausgeſetzt werden müſſen, daß ſie a primo gradu gehörig enterbt worden ſeyen, da ſie eigentlich einen unbedingten Anſpruch auf Erbeinſetzung haben, der durch eine Bedingung, wie in der Subſtitution liegt, nicht beſchränkt werden kann; vgl. §. 705. not. g. Indeß iſt nach gem. Recht an ſich die substitutio jenes Notherben überflüſſig, wenn der Erbe des erſten Grades keine Miterben hat, an welche portio vacans vermöge des jus accrescendi gelangen könnte; nach ſächſ. Recht, §. 3. des Erbg., aber auch dann, wenn der heres primi gradus Miterben hat, ſo daß es nicht einmal zur Aufrechthaltung der a primo gradu hinterlaſſenen Legate der Subſtitution bedarf; Erbg. §. 5.

§. 714.

Die Wirkung der Subſtitution iſt, daß, wenn der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft nicht antritt, alsdann der ſubſtituirte Erbe den nämlichen Erbtheil erhält, welchen jener bekommen haben würde [a]). Wir bemerken: 1) wenn der Teſtirer dem Nacherben, auf den Fall, daß auch dieſer nicht

Erbe ſeyn könnte oder wollte, wiederum einen andern ſubſtituirt hat, ſo iſt dieſer als ein Subſtitut des eingeſetzten Erben zu betrachten [b]); 2) wenn von mehrern zu ungleichen Theilen eingeſetzten und einander wechſelſeitig ſubſtituirten Miterben einer ausfällt, und ſeinen Erbtheil nicht antritt, ſo theilen ſich die ſubſtituirten Miterben in den erledigten Theil nach eben dem Verhältniß, in welchem ſie zu Erben eingeſetzt ſind [c]); 3) iſt ein Dritter mehrern eingeſetzten Erben ſubſtituirt worden, und einer von ihnen tritt die Erbſchaft nicht an, ſo wächſt der erledigte Antheil den übrigen Miterben zu, welche die Erbſchaft antreten [d]), folglich würde in dieſem Falle die Subſtitution nur dann von Wirkung ſeyn, wenn der Teſtirer das jus accrescendi ausdrücklich verboten hätte [e]), oder wenn die ſämmtlichen eingeſetzten Erben die Erbſchaft nicht antreten [f]). 4) Der Subſtituirte erlangt gegen den ihm Vorgehenden kein Recht, als das Recht, eine Erklärung über den Erbſchaftsantritt zu fordern [g]), ſein eignes Recht aber hängt davon ab, daß er die ihm deferirte Erbſchaft antrete [h]).

a) §. 2. I. de vulg. subst. l. 24. D. de V. et P. S. l. 1. C. de imp. et al. subst. Ein dem Erben ausgeſetztes Prälegat aber würde der Subſtitut nicht erhalten. Bauer Resp. 1. L. 1791., welches in der Sammlung der responsa ſich nicht findet. Entſcheidender als die daſelbſt aufgeführten Gründe iſt für den behaupteten Satz l. 32. D. de leg. 3., wenn gleich demſelben auf der andern Seite entgegenſtehet, daß der substitutus die dem institutus auferlegten onera, mit Ausnahme der Bedingungen, welche nicht etwa als eine einem Dritten zu Gute kommende Leiſtung erſcheinen, die der Wirkung nach einem Legat ſich nähern, zu tragen hat, l. 74. 126. l. 1. D. de leg. 1. l. 77. §. 15. D. de leg. 2. l. 98. D. de leg. 3. l. 4. C. ad Sct. Treb. l. 27. pr. l. 73. 3. D. de her. inst. l. un. §. 4.; §. 9. C. de cad. toll. Es verſteht ſich, daß dies Alles nur die Regel bildet, welche durch den ausdrücklichen Willen des Teſtirers verändert werden kann. Ueber Ausnahmen von der Regel, daß die institutio zugleich die Norm für die substitutio abgebe, vgl. l. 23. 24. D. ad Sct. Treb. J. U. Cramer. de interpretat. subst. ex institut., in deſſen Opusc. III. 25.

b) l. 27. l. 41. pr. D. eod. §. 3. I. de V. S. l. 69. D. de acqu. vel om. her. Substitutus substituto substitutus est instituto. Geiger. de substituti substituto. Erlang. 1768. Schweppe §. 811.

S. 104. Auf die Ordnung, in welcher die dem Subſtituirten Vorgehenden weggefallen ſind, kommt nichts an.

c) l. 5. 24. 41. §. 1. D. eod. Stryck a. a. O. c. 18. §. 22. Carpzov p. III. c. 8. def. 11. Hofacker a. a. O. §. 1306. Wenn außer dem Miterben ein Dritter ſubſtituirt worden iſt, ſo werden zuvörderſt Kopftheile gemacht, von welchen der extraneus einen erhält. Das residuum wird unter die ſubſtituirten Miterben in dem angezeigten Verhältniß vertheilt, l. 32. D. 11. — Uebrigens iſt unter den ſubſtituirten Miterben auch zu beachten, ob der Ausfallende zu einem oder mehrern der andern in dem Verhältniß der conjunctio ſtand; d. l. 41. §. 4. h.

d) l. 42. D. eod. l. 10. C. de impub. et al. subst. Stryck a. a. O. §. 15. Gmelin u. Elſäſſer gemeinn. Beob. u. Rechtsf. V. 8. Böhmer Rechtsf. I. 15.

e) Stryck a. a. O. §. 16.

f) Arg. d. l. 10. C. de impub. et al. Mühlenbruch doctr. pand. III. §. 669. A. M. iſt Schweppe §. 811. S. 103. J. H. Felz excerpta controvers. illustr. de subst. Arg. 1714. n. 2. Nach neuerm ſächſ. Recht, Erbg. §. 4., kann in der Regel von dem jus accrescendi des Miterben nicht die Rede ſeyn. In dem Fall alſo, wenn die Regel eintritt, iſt nun die Frage die: ob die portio vacans an den Subſtituirten, oder an die Inteſtaterben falle? Nimmt man die in dem §. aufgeſtellte Meinung als die nach gem. Recht richtigere an, ſo bleibt die Beantwortung der Frage allerdings zweifelhaft, wenn man nicht etwa aus §. 7. des Erbg. einen Grund für den Subſtituirten und gegen die Inteſtaterben zu entnehmen berechtigt ſeyn ſollte. Geht aber nach Schweppe u. A. der Subſtituirte dem das jus accrescendi in Anſpruch nehmenden Miterben vor, ſo muß nach ſächſ. Recht auch angenommen werden, daß er dem Inteſtaterben vorzuziehen ſey.

g) l. 69. D. de acqu. vel om. her.

h) l. 9. D. de suis et leg. her. Dieſer Erbſchaftsantritt, oder ſtatt deſſen pro herede gestio iſt natürlich nur wirkſam, inſofern ſie nach eingetretenem Subſtitutionsfall erfolgt. Iſt ein Erbe dem andern ſubſtituirt, ſo gilt der Erbantritt ex jure substitutionis auch zugleich für Antritt des jure institutionis deferirten Erbtheils, l. 76. D. de acqu. vel om. her. Nach gem. Recht würde nur ein ſubſtituirter heres suus auch den Erbtheil deſſen, dem er ſubſtituiret iſt, ipso jure erwerben.

§. 715.

Die Subſtitution erliſcht wieder I. von Seiten des eingeſetzten Erben, ſobald er die Erbſchaft antritt [a]), wobei

aber zu bemerken iſt, 1) daß, wenn der Erbe noch vor Ablauf der Deliberationsfriſt, ohne ſich deshalb erklärt zu haben, verſtirbt, deſſen Erbe binnen der noch übrigen Zeit ſich hierüber erklären kann, und alsdann erſt, wenn er ſolches nicht thut, die Erbſchaft an den Subſtituten kommt [b]); 2) wenn der Teſtirer ſeinen Kindern Jemanden ſubſtituirt hat, und dieſe, noch ehe ſie ſich der Erbſchaft annehmen, verſterben, und Deſcendenten hinter ſich laſſen, ſo verfällt die Erbſchaft nur in dem Falle, wenn auch dieſe Letztern ſich davon losſagen, auf den Subſtituten [c]). II. Von Seiten des ſubſtituirten Erben, wenn derſelbe noch vor dem Teſtirer, oder auch, noch ehe der eingeſetzte Erbe ſich erklärt, ob er die Erbſchaft antreten wolle, verſtirbt [d]).

a) l. 5. C. de impub. et al. subst. Es gilt dies nach gem. Recht auch, wenn dem Erben ſpäter die Erbſchaft ob indignitatem wieder entzogen wird; inſofern nicht etwa eine ausdrückliche Beſtimmung vorhanden iſt, nach welcher an die Stelle des indignus diejenigen treten, welche ab intestato geerbt haben würden, wenn jener weggefallen wäre; vgl. §. 947.; ein Fall, der nach N. 1. c. 1. §. 2. 3. namentlich dann eintritt, wenn dem Erben wegen Säumniß in Abführung der Legate ſein Erbtheil entriſſen wird. Nach ſächſ. Recht, Erbg. §. 103., iſt hier substitutio wirkſam; vgl. auch §. 949. Ueber die Ausnahme, welche man gewöhnlich in Anſehung des testamentum militare anführt, ſ. §. 737. Dagegen tritt der Substitutus ein, wenn der eingeſetzte Erbe gegen den Antritt der Erbſchaft ſich reſtituiren läßt, A. Faber. conject. III. 4. Felz diss. l. qu. 3. Uebrigens fällt die Subſtitution auch dann weg, wenn der eingeſetzte Erbe gegen die erklärte Ausſchlagung der Erbſchaft reſtituirt wird, l. 7. §. 10. D. de minor.; vgl. Mühlenbruch XL. §. 1449. S. 360.

b) l. 19. C. de jure deliber. Struv. synt. jur. civ. ad Tit. D. de vulg. et pup. subst. Cocceji jus controv. L. 28. tit. 6. qu. 6.; vgl. Felz diss. l. n. 1. Thibaut Verſuche I. 13. Schweppe §. 877. A. M. ſind wegen l. 72. D. de acqu. vel om. h., die durch l. 19. C. nicht aufgehoben worden ſeyn ſoll, Faber err. pragm. XXXIV. 4. ff. Crell utrum hered. instituto intra tempus delib. mortuo substitutus admittatur. Viteb. 1739. in coll. diss. III. 19. Z. Huber. l. 1. §. 9. Quiſtorp r. Bem. II. 30. Das ſächſ. Erbgeſ. enthält darüber keine allgemeine Entſcheidung; denn §. 8. deſſ. ſpricht bloß von der Transmiſſion des Inteſtaterbrechts. Ueber den Fall, in welchem Statt des eingeſetzten, in väterlicher Gewalt befindlichen Erben deſſen Vater

eintritt, vgl. l. 18. §. 1. C. de jure del. l. 8. pr. §. 1. C. de bon. quae lib. Ueber den im letztern Geſetz erwähnten Fall vgl. §. 911.

c) l. un. §. 5. et 13. C. de cad. tollend. l. 30. C. de fidei. Stryck a. a. O. §. 20. Berger de transmissione hereditatis (Viteb. 1688.) §. 10.; vgl. Vinnius quaest. II. 33. Averan. interpr. IV. 1. n. 10. Meiſter rechtl. Bem. 1. 6. Ueber den Fall, wenn ungewiß iſt, ob der institutus oder substitutus eher verſtorben ſey, l. 18. D. de reb. dub. Erbg. §. 9.

d) l. 9. D. de suis et leg. her. l. 81. D. de acqu. vel om. her. Daß die Subſtitution, wie die Inſtitution, auch von andern Bedingungen abhängig gemacht werden kann, verſteht ſich von ſelbſt; und es iſt nur noch in Beziehung auf die substitutio liberis facta zu bemerken, daß Bedingungen wie die: wenn der Erbe ohne Teſtament, kinderlos, unverheirathet, verſtirbt, als copulativ beigefügt betrachtet werden müſſen, wenn ſie gleich der Form nach alternativ ausgedrückt worden ſeyn ſollten, l. 6. C. de impub. et al. subst.; vgl. §. 699. not. 9. Unter Kindern werden übrigens auch hier Deſcendenten jedes Geſchlechts und Grades verſtanden, nicht wie bei dem Ausdruck Söhne, Carpzov p. III. c. 6. d. 10. Gottschalk. disc. III. 4. Uebrigens muß der substitutus die ihm deferirte Erbſchaft angetreten haben, ehe er ſein Recht auf die eignen Erben transmittiret, l. 76. D. de acqu. vel om. her. Ob und in wie weit dies auch in Anſehung eines ſubſtituirten suus heres gültig iſt, bleibe dahin geſtellt; da in Sachſen nach §. 124. des Erbg. sui heredes auch in dieſer Beziehung den andern Erben gleichſtehen. Dagegen iſt die Frage, ob, wenn ein Miterbe ſubſtituirt worden iſt, es einer doppelten aditio, einmal ex institutione, und dann ex substitutione, bedürfe? Dieſe Frage iſt nach der angef. l. 76. zu verneinen, und hierin ſcheint auch das ſächſ. Erbg. nichts geändert zu haben.

§. 716.

Von dieſer eigentlichen oder gemeinen Subſtitution iſt zu unterſcheiden A) die substitutio militaris, von welcher wir in der Lehre von befreiten Teſtamenten handeln. B) Die Pupillarſubſtitution [a]), oder diejenige Verordnung des Teſtirers, wodurch er ſeinen unmündigen Kindern auf den Fall, da ſie noch vor erlangter Mündigkeit ſterben ſollten, einen Nacherben ernennt [b]). Weil nämlich die Kinder während ihrer Unmündigkeit, d. h. bis nach zurückgelegtem 14ten Jahre, kein Teſtament machen können; (§. 648.) ſo iſt der Vater vermöge der väterlichen Gewalt berechtigt, ihnen nicht nur zu demjenigen Vermögen, welches ſie ver-

einſt von ihm ererben, einen Nacherben zu ſetzen, ſondern auch zu ihrem eignen Vermögen einen Erben zu ernennen [c]). Sofern alſo die Pupillarſubſtitution ſich auch auf das vom Vater auf das unmündige Kind vererbte Vermögen erſtreckt, enthält ſie zugleich eine eigentliche oder gemeine Subſtitution in ſich; ſofern hingegen die Kinder vom Vater gar nichts erben, jedoch aber eignes Vermögen beſitzen, iſt ſie eine bloße Pupillarſubſtitution [d]).

a) Th. Papillonius de subst. pupillari; in Otto thes. tom. IV. Ge. Sam. Madihn diatr. jur. civ. vicissitudines substitutionum impuberum complexa. Hal. 1769. J. G. Küstner. de pup. test. praeterita impub. matre rato. L. 1788. c. 1. Mühlenbruch XL. §. 1450—1455.

b) pr. I. de pupill. subst. Mühlenbruch XL. §. 1451. Natürlich iſt hier nur von der Mündigkeit zu teſtiren, alſo der pubertas, Mannbarkeit, die Rde. Hätte der Teſtirer das zweideutige Wort: Mündigkeit gebraucht, ſo würde dennoch pupillaris substitutio, als ſolche, nicht über das Alter der Teſtamentsmündigkeit des Pupillen hinaus beſtehen Leyſer sp. 362. m. 4.

c) ibid. cf. l. 10. §. 1. 5. D. de vulg. et pup. subst. Carpzov p. III. c. 8. def. 12. Daß zu dieſem eignen Vermögen auch adventilia der Kinder gehören, unterliegt keinem Zweifel. Doch iſt die Frage, ob nicht durch die Beſtimmung deſſen, der einem impubes etwas hinterläßt, dem Vater das Recht der subst. pupillaris entzogen werden könne? Inſofern subst. pup. bloß als ein Befugniß des Vaters betrachtet wird, würde der verneinenden Beantwortung dieser Frage keine erhebliche Bedenklichkeit entgegenſtehen. Allein auch wenn man annimmt, daß die pup. subst. als etwas betrachtet werden müſſe, was in dem Intereſſe des Pupillen geſchiehet, iſt das von dem Geber ausgeſprochene Verbot der subst. pupillaris als eine gültige Beſchränkung des Dispoſitionsrechts, rückſichtlich des zugewendeten Vermögens überhaupt, anzuſehen. Ob der ſubſtituirende Vater auch Legate hinterlaſſen könne? ſ. l. 41. §. 3. D. de V. et P. subst. Mühlenbruch a. a. O. S. 395. ff.

d) Schweppe §. 81. Subſtituirt kann übrigens werden nicht bloß der von dem Vater für den eignen Nachlaß eingeſetzte Erbe, l. 1. §. 2. D. de V. et P. S., ſondern auch ein extraneus. Das Erſte geſchieht entweder nominatim, oder auch durch die allgemeine Formel: quisquis mihi heres erit; wo dann die heredes testamentarii, welche wirklich ex testamento Erben geworden ſind, verſtanden werden müſſen, §. 7. I. de subst. pup. l. 3. 8. §. 1. l. 10. pr. l. 31. pr. D. de V. et P. S. Daß auch ein posthumus ſubſtituirt werden könne l. 10. §. 1. D. de V. et P. S.

§. 717.

Soll die Pupillarſubſtitution von Wirkung ſeyn, ſo wird erfordert, I. daß die Kinder noch unmündig ſind, und zur Zeit des errichteten Teſtaments ſowohl, als des Todes des Erblaſſers, in der väterlichen Gewalt ſich befinden [a]); folglich 1) kann in der Regel nur der Vater pupillariter ſubſtituiren, keineswegs aber die Mutter [b]); inmittelſt bleibt doch auch eine von der Mutter unternommene Pupillarſubſtitution, dafern nur dem Teſtamente die Codicillarclauſel (§. 818.) beigefügt worden, ebenfalls bei Kräften, und gilt als ein Fideicommiß [c]); doch iſt ſolchenfalls, wenn das Kind, als heres fiduciarius, während der Unmündgkeit ſtirbt, deſſen Vater den Pflichttheil und das Trebelläniſche Viertheil abzuziehen befugt [d]). 2) Der Vater kann nicht nur ſeinen ſchon gebornen Kindern, ſondern auch den posthumis, auf ſolche Weiſe ſubſtituiren [e]), 3) ſeinen Enkeln aber nur in dem Falle, wenn ſie nach ſeinem Tode nicht in die Gewalt des Vaters zurückfallen [f]). Iſt hingegen 4) der Sohn durch Anſtellung einer eignen Oeconomie einmal aus der väterlichen Gewalt gegangen, und hernach mit Hinterlaſſung unmündiger Kinder verſtorben, ſo kann der Großvater dieſen ſeinen Enkeln nicht pupillarier ſubſtituiren [ff]); aber 5) gleichgültig iſt es, ob der Vater, wenn er ſeinen Kindern auf ſolche Weiſe ſubſtituirt, dieſe zu Erben einſetzt oder enterbt [g]).

a) l. 2. pr. 41. §. 2. l. 45. D. de vulg. et pup. subst. Madihn l. 1. §. 14. Daß auch Adoptivkindern, den Fall der ſogen. adoptio minus plena ausgeſchloſſen, pupillarier ſubſtituirt werden könne, iſt nach gem. Recht keinem Zweifel unterworfen, doch erſtreckt ſich bei der arrogatio wenigſtens dies nur auf das Vermögen, welches der Arrogirte von dem Arrogato erworben hat; l. 22. §. 1. 2. D. de adopt. l. 2. pr. l. 10. §. 3. l. 40. D. de vulg. et pup. subst. Mühlenbruch a. a. O. § 1453.

b) Arg. legg. all. Cocceji jus controv. L. 28. T. 6. qu. 2. Carpz. P. III. c. 8. d. 16. v. Hartitzſch n. CCCCII. Mühlenbruch XL. §. 1450. Hingegen ſteht es der Mutter frei, ihren Kindern vulgariter zu ſubſtituiren, l. 33. D. de v. et p. subst Struck a. a. O. §. 7. S. jedoch Huber l. 1. §. 25. Hoheiſel de pup. tab. a matre confectis. Hal. 1726. Voet. comm. ad pand. h. t. §. 16.

A. C. Stockmann D. ad leg. 33. D. de v. et p. subst. Lips. 1779.

c) Arg. l. 29. D. Qui test. fac. poss. l. 76. D. ad Sct. Trebell. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 18. n. 7. Stryck caut. test. c. 18. m. 2. §. 6. Carpzov l. 1. def. 17. Hommel Obs. 434. Wernher tom. III. p. 1. obs. 81.; vgl. auch das Urtheil bei Putoneus III. n. 112. S. 427. Schmidt Abhandl. I. 59. Mehrere beſchränken dies jedoch auf das Vermögen, welches die Mutter den Kindern hinterlaſſen hat. Stryck a. a. O. Rösler decis. I. dec. 5. n. 3. Die Zweifel, welche dagegen Hommel l. 1. erhebt, ſind unerheblich. In dem Urthel bei Putoneus ward die von Seiten der Mutter in Anſehung des großväterlichen Vermögens den minderjährigen Kindern geſchehene substitutio darum für gültig erklärt, weil der Großvater der Mutter eine ſolche Verfügung freigeſtellt hatte. Dieſer Grund würde jedoch nur unter Vorausſetzung einer Agnition des großväterlichen Teſtaments von Seiten der Unmündigen gültig erſcheinen, da im Allgemeinen nicht angenommen werden kann, daß die einzelnen in der väterlichen Gewalt enthaltenen Rechte beliebig auf Dritte übertragen werden können.

d) Dafern nicht der Abzug des letztern von der Mutter ausdrücklich verboten worden; Hommel a. a. O. Schmidt a. a. O. §. 5. 6.

e) §. 4. I. de pupill. subst. l. 2. pr. D. 11. Ob auch einem posthumus nondum conceptus? bezweifelt Madihn §. 16.

f) l. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst.; folglich nur in dem Falle, wenn der Vater noch vor dem Großvater verſtorben iſt. Ob in einem ſolchen Fall der subst. pupillaris unter dem Ausdruck Kinder auch Enkel zu verſtehen ſind, ſ. J. G. Heineccius verm. Anmerkungen u. rechtl. Gutachten. Berlin 1742. n. 11. Grupen disc. forenses. Götting. 1740. cap. 1.

ff) Grupen disceptatt. for. p. 208. seqq. Pufendorf T. III. Obs. 1. Stryck us. mod. XVIII. 6. §. 5. Heineccius verm. Anmerkungen u. rechtl. Gutachten n. 11. S. 146 ff. Der entgegengeſetzten Meinung ſind J. Henn. Böhmer D. de statu liberorum sui juris factorum per separationem vel nuptias, u. G. L. Böhmer in der Vorrede zu T. I. der Exercitt. ad Pand.

g) §. 2. 4. I. de pup. subst. l. 1. §. 2. l. 10. §. 5. l. 41. §. 3. D. de V. et P. S. Madihn §. 15. 17. Der Satz hat indeſſen ſeine practiſche Bedeutſamkeit ſeit der N. 115. ſo ziemlich verloren, theils weil bei einem impubes eine Enterbung ex justa caussa nicht füglich denkbar iſt; vgl. §. 706. not. a. Madihn §. 30. Schweppe a. a. O. not. 3., theils weil nach der N. 115. die substitutio pupillaris des Teſtaments jeden Falls gültig bleibt; vgl. §. 721. not. d. Mühlenbruch a. a. O. §. 1450. S. 376.

§. 718.

II. Daß der Vater ein ordentliches Teſtament errichte, und darin erſt ſich und dann dem unmündigen Kinde einen Erben ernenne[a]); doch iſt es nicht ſchlechterdings nothwendig, daß beide Erbeinſetzungen in einem Teſtamente enthalten ſind, ſondern der Vater kann auch erſt für ſich, und dann zu einer andern Zeit für ſein unmündiges Kind ein Teſtament errichten[b]); ja er kann auch, wenn er vorher für ſich ein Teſtament gemacht hat, hernachmals dem Unmündigen in einem bloßen Codicill pupillariter ſubſtituiren[c]), obſchon ſonſt eine Erbeinſetzung nur in einem Teſtamente gültiger Weiſe geſchehen kann.

a) §. 5. I. de pup. subst. l. 2. §. 1. 4. l. 6. D. de V. et P. S. Eine gewiſſe ordo scripturae war nicht ſtreng zu beobachten, wenn in demſelben Teſtament die institutio zu der Erbſchaft des Vaters und zugleich pupillaris substitutio erfolgte; vgl. Madihn l. 1. §. 27. Schweppe §. 812. not. 3. Mühlenbruch Pand. §. 671. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. §. 1452. Anders, wenn institutio oder exheredatio in diversis tabulis geſchah, wo das Teſtament über die Verlaſſenſchaft des Vaters vorhergehen mußte.

b) Auch kann das eine Teſtament mündlich, das andere ſchriftlich gemacht werden, l. 20. §. 1. D. de V. et P. S. Da übrigens jede Pupillarſubſtitution zwei Erbeinſetzungen vorausſetzt, und nichts darauf ankommt, ob dieſelben in einem oder zwei verſchiedenen Teſtamenten enthalten ſind, ſo läßt ſich hieraus leicht beurtheilen, wiefern eine Pupillarſubſtitution ein einfaches oder ein doppeltes Teſtament zu nennen ſey, und daß weder das eine, noch das andere ohne alle Einſchränkung behauptet werden könne, §. 2. 3. 5. I. de pup. subst. l. 2. §. 4. D. de V. et P. S. J. A. F. Brunnemann D. (praes. Godof. Ludov. Winkler) Substitutio pupillaris v. quasi pup. testamentum duplex. Lips. 1788. Höpfners Commentar über die Inſt. §. 508. Madihn §. 20. 21.; vgl. auch C. G. Madihn in der §. 722. not. a. angef. Schr. §. 47. Glück XXXV. §. 1419 a. S. 41. Francke Notherbenrecht §. 36. S. 458. Uebrigens ſind bei einer pupillaris substitutio jeden Falls zwei hereditates, d. §. 2. I. l. 2. §. 4. D. de V. et P. S. l. 1. §. 2. D. de her. vel act. vind., Legate, welche der ſubſtituirende Vater hinterlaſſen hat, werden als ſolche angeſehen; quae pater de suo reliquit, l. 41. §. 6. l. 42. D. de V. et P. S. l. 11. §. 5. D. ad l. Falcid. l. 1. 7. §. 3 seq. D. quando dies leg. Francke §. 36. S. 461.

c) l. 16. D. de V. et P. S. Struck a. a. O. c. 18. m. 2. §. 2. A. M. iſt Madihn §. 28. Daß Pupillarſubſt. in einem testamentum parentum inter liberos erfolgen könne, ſ. ebendaſelbſt u. Kleins Rechtsſpr. III. 8.; vgl. §. 745.

§. 719.

Die Wirkung der Pupillarſubſtitution iſt, daß, wenn das Kind noch vor erlangter Mündigkeit ſtirbt (vorausgeſetzt, daß der Teſtirer noch vorher verſtorben iſt), der Subſtitut die ganze Verlaſſenſchaft deſſelben, auch mit Inbegriff desjenigen Vermögens erhält, welches das Kind vom Vater entweder bei deſſen Lebzeiten oder nach ſeinem Tode überkommen hat [a]). Doch ſind in Sachſen die Mütter, und wenn dieſe nicht mehr vorhanden, die Großältern den dritten Theil der Verlaſſenſchaft als Pflichttheil zu fordern berechtigt [b]).

a) pr. I. de pup. subst. l. 10. §. 5. l. 15. D. eod. Mühlenbruch XL. §. 1453—1455. Der Subſtituirte wird als heres des pupillus betrachtet, D. I. de vulg. subst. Madihn §. 16. Schweppe §. 812. S. 111. Iſt der Pupill enterbt worden, oder hat er der väterlichen Erbſchaft ſich enthalten, ſo leidet dies keinen Zweifel, l. 42. pr. D. de a. v. o. h. Hat der Pupill des Vaters Erbſchaft angenommen, ſo iſt zwar Erbſchaft des Vaters und Pupillen vermiſcht, aber als Erblaſſer in Beziehung auf den substitutus gilt doch nur der zuletzt verſtorbene, der Pupill, l. 28. D. de A. I. P. Nur in dem Fall, wenn der Vater einen für ſich eingeſetzten Erben zugleich einem Kinde pupillariter ſubſtituiret hat, kann der Subſtituirte auch als Erbe des Vaters erſcheinen. Wenn mehrern Unmündigen derſelbe ſubſtituirt worden iſt, ſo tritt der Subſtituirte nicht eher ein, als bis alle Pupillen weggefallen ſind, folglich wird reciproca substitutio der mehrern Unmündigen angenommen, l. 37. 42. D. de V. et P. S. l. 10. C. de inst. et subst. Madihn §. 21. S. 55., der substitutus iſt ſodann Erbe des zuletzt Verſtorbenen, d. l. 42. Uebrigens laſſen ſich zwar auch bei der subst. pupillaris Grade der Subſtitution denken, doch leidet die Regel: substitutus substituto etc. hierbei Beſchränkung; vgl. Sutorius diss. I. §. 12. v. Löhr im Arch. IX. n. 4. Schweppe §. 812. S. 110. Antritt von Seiten des Subſtituirten iſt nach ſächſ. Recht auch hier nöthig, wenn gleich nicht immer nach röm. Recht, l. 2. §. 4. l. 10. §. 1. D. de V. et P. S.

b) l. 8. §. 5. D. de inoff. test. l. 9. C. de imp. et al. subst. c. 1. X. de test. in 6to. Conſt. 8. P. III. Deciſ. 47. v. J. 1661.

H. Piſtor obs. 30. §. 117. n. 2. Finckelthaus obs. 29. Carpzov ad d. c. 8. def. 1—4. Chr. Gottl. Einerts D. de differentiis juris patrii et subsidiarii in quaestione, utrum substitutione mater jure petendi legitimam privetur. Lips. 1774. Daß nach röm. Recht gegen die tabulas pupillares querela inofficiosi nicht Statt habe, wird von den meiſten Rechtslehrern vertheidigt. Man vgl. die in der §. 716. not. a. angef. Küſtnerſchen diss. genannten Rechtslehrer; der gelehrte Verf. dieſer Schrift hat dieſelbe Meinung; eben ſo P. J. Heisler de pupill. subst. heredes legitimos pupilli excludente. Hal. 1765. auch in deſſen Ex. acad. tom. 1. Canngiesser. dec. I. 66. Gmelin u. Elſäſſer V. 8. §. 128. Overbeck Med. III. 115. Meiſter rechtl. Bemerk. I. 6. Mühlenbruch XL. §. 1452. S. 390. Die Meiſten ſprechen der Mutter und andern Pflichttheilsberechtigten des Pupillen überhaupt jeden Anſpruch auf den Pflichttheil ab. Die entgegengeſetzte Meinung vertheidigt beſonders C. Ch. A. de Dalberg. de matre praeterita vel a legitima inique exclusa test. patris pupillariter substitut. per querel. inoff. expugnante. Heidelb. 1761. Nach Zimmern in deſſen u. Neuſtetels römiſch rechtl. Unterſuchungen III. n. 4., welchem auch Schweppe §. 812. S. 109. beitritt, hat das ältere Recht durch N. 115. eine Aenderung erlitten; vgl. darüber, und über die Anſicht, daß auch ſchon nach älterm Recht der, welcher zugleich Notherbe des Vaters und des Pupillen war, das ganze Teſtament anzufechten berechtigt geweſen ſey, Thibaut im Arch. für civ. Pr. V. 3. n. 6. S. 345. Francke Notherbenrecht §. 36. Fuhr u. Hofmann civ. Verſ. 1. Heft. n. 6. Andere ältere Rechtslehrer unterſchieden zwiſchen dem von dem Vater herrührenden Vermögen und Adventitien, wieder andre zwiſchen subst. pupillaris expressa und tacita.

§. 720.

Außerdem iſt hierbei noch zu bemerken, 1) daß, obſchon der Vater nur auf den Fall, da ſein unmündiges Kind nicht Erbe wird, mithin bloß vulgariter demſelben ſubſtituirt hat, doch der Subſtitut auch dann die Erbſchaft erhält, wenn das Kind zwar Erbe wird, aber während der Unmündigkeit ſtirbt [a]); 2) dem Subſtituten ſteht es nicht frei, die eine Erbſchaft anzutreten und die andere auszuſchlagen, ſondern er muß beide Erbſchaften (die des Vaters ſowohl, als des unmündigen Kindes) entweder antreten oder ausſchlagen [b]). 3) Iſt Jemand einem Posthumus ſubſtituirt worden, ſo erhält er die Erbſchaft auch dann, wenn kein Kind geboren wird [c]).

a) l. 4. pr. D. de V. et P. S. Vinnius quaest. sel. P. II. c. 23. Stryck a. a. O. §. 12. Doch würde dieſe Ausdehnung des einen Falls auf den andern nicht Statt finden, wenn ſich aus dem Teſtamente die entgegengeſetzte Willensmeinung des Teſtirers ergäbe, l. 2. 4. C. de impub. et al. subst., d. l. 4. §. 2. l. 45. D. de V. et P. S. Daß subst. vulgaris impuberi facta auch die substitutio pupillaris in ſich begreife, darüber iſt kein Streit; vgl. Cleemann de subst. recipr. §. 17. 18. Meiſter rechtl. Bem. I. 6. Schweppe §. 811. S. 106. Mühlenbruch doctr. pand. §. 673. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XL. §. 1445. S. 252. Ob aber auch umgekehrt in der subst. pupillaris expressa die substitutio vulgaris als tacite inbegriffen angeſehen werden könne? dies hat neuerlich in Zweifel gezogen v. Wening-Ingenheim in Linde's Zeitſchr. III. 7. Man ſehe aber dagegen Mühlenbruch a. a. O. not. 1.; vgl. auch Francke a. a. O. S. 460. Madihn §. 17. S. 38. §. 29. Schweppe §. 811. S. 106. §. 812. S. 114. Ausführlichere Erörterungen hierüber ſ. bei Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Pand.-Comm. XL. §. 1447. Daß die substitutio vulgaris impuberi facta nach röm. Recht auch in dem Fall wirkſam ſey, wenn der Pupill des benef. abstinendi ſich bedient, ſ. Madihn §. 17. l. 42. D. de A. V. O. her.

b) l. 10. §. 2. 3. 4. D. de vulg. er. p. s. l. 20. C. de jure delib. l. 59. D. de acqu. her. Ueber die hiermit nicht ganz in Einklang ſtehende l. 12. D. ib. vgl. Faber. err. pragm. dec. 31. n. 7. Th. Papillon. de subst. pup. c. 9. Sie hängt mit dem Satz des röm. Rechts zuſammen, daß sui heredes ipso jure die Erbſchaft erwerben; und iſt daher für das neuere ſächſ. Recht ohne Bedeutung. Madihn §. 21. S. 55. Der obige Satz gilt namentlich dann, wenn der Pupill der väterlichen Erbſchaft ſich angemaßt hat, l. 28. D. de reb. aut. jud. poss.; wogegen, wenn der letztere der väterlichen Erbſchaft ſich enthalten hat, auch der Subſtituirte die Erbſchaft des Pupillen allein antreten kann, ohne den Gläubigern des Vaters verhaftet zu bleiben, l. 40. 42. D. de acqu. vel om. her. Dem ſteht auch die angeführte allerdings etwas dunkle l. 28. D. de reb. aut. jud. poss., über welche Mühlenbruch §. 673. not. 3. n. 8. u. die daſelbſt angef. Rechtslehrer, u. in der Fortſetzung des Glückſchen Comment. XL. S. 418. ingl. Faber. conj. I. 2. err. pragm. dec. 31. c. 8. p. 352. dec. 32. c. 10. Finestres praelectt. de subst. p. III. c. 6. n. 52. zu vergleichen ſind, nicht entgegen, welche zwar annimmt, daß die Lage des Pupillen, der von der benef. abstinendi Gebrauch macht, nicht dieſelbe ſey mit der ſeines Subſtituten, der nur die Erbſchaft des Pupillen annehmen will; den hier in Frage ſtehenden Fall aber gar nicht entſcheidet. Ob übrigens der im §. angeführte Satz auch nach dem neuern ſächſ. Recht noch als gültig anzuſehen ſey, kann

allerdings bezweifelt werden; wenigſtens läßt für denſelben nicht mehr der Satz ſich anführen, daß die Erbſchaft des Vaters und des Pupillen eine einzige Erbmaſſe bilde.

c) l. 25. D. de lib. et posthum. Leyſer Sp. 362. m. 6. Walch controv. jur. civ. p. 179. Bach ad Bergeri Oec. L. II. T. IV. th. 18. Anderer Meinung iſt Püttmann D. de judicio Curiano. Lips. 1765. in probabil. L. II. cap. 14.; vgl. Küſtner diss. laud. cap. 1. §. 2. Madihn §. 29. Müller ad L. obs. 560. Wening=Ingenheim a. a. O. §. 9. Mühlenbruch §. 673. not. 2. u. in der Fortſ. der Glückſchen Pand. XL. §. 1447. S. 268. §. 1453. S. 443. v. Löhr im Archiv IX. 7. n. 3.

§. 721.

Die Pupillarſubſtitution erliſcht wiederum, 1) wenn der Unmündige zu der Zeit, da der Teſtirer ſtirbt, nicht mehr in deſſen väterlicher Gewalt ſich befindet[a]); 2) wenn der Unmündige die Jahre der Mündigkeit erreicht, indem derſelbe nach zurückgelegtem 14ten Jahre ſelbſt teſtiren kann[b]); 3) wenn das väterliche Teſtament, worin die Pupillarſubſtitution enthalten, **ungültig** iſt[c]). Wird dagegen das Teſtament wegen Verletzung der Beſtimmungen der N. 115. angefochten, ſo bleibt die Subſtitution bei Kräften[d]).

a) l. 2. pr. l. 41. §. 2. D. de V. et P. S. Daß Arrogation, welche nach dem Tode des Teſtirers erfolgt, die subst. pupillaris aufhebe, ſcheint zwar aus l. 17. §. 1. D. de adopt. zu folgen; aber l. 22. §. 1. ib. u. l. 10. §. 6. D. de V. et P. S. erregen Zweifel darüber; vgl., ſo wie überhaupt über die Art und Weiſe, auf welche P. S. aufhört, Schweppe a. a. O. 113. Mühlenbruch §. 674. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XL. §. 1454.

b) pr. §. 8. I. de pup. subst.; l. 7. 14. 41. §. 7. D. de V. et P. S. Daß in Sachſen auch Weibsperſonen erſt nach dem 14. Jahre teſtiren können, iſt oben bemerkt worden. Ueber Aufrechthaltung der subst. pup. über die Jahre der Teſtamentsmündigkeit hinaus vgl. Carpzov p. III. c. 8. def. 19. 20. Wernher tom. III. p. 1. obs. 82. Leyſer sp. 362. m. 4. Overbeck Med. VIII. §. 433.

c) l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. l. 16. §. 1. D. de V. et P. S. §. 5. I. h.; vgl. Madihn §. 16. 30. Glück Comm. VII. §. 551. S. 322. Overbeck I. med. 32. Schweppe §. 812. S. 113. Mühlenbruch doctr. pand. §. 674. Comm. XXXV. §. 1421 e. S. 374. XXXVII. 1421 i. S. 18. §. 1425 b. S. 286. XL. §. 1451.

d) Nov. 115. c. 3. §. ult.; vgl. Mühlenbruch Comm. XXXVII. S. 286. XL. §. 1451. S. 471. Uebrigens fällt die P. Subſtitution auch

ex persona substituti weg, wenn dieſer vor Eintritt der Bedingung der Subſtitution verſtirbt; vgl. l. 9. 11. 18. D. de reb. dub.; oder die ihm deferirte Erbſchaft ausſchlägt, wiewohl das Letztere nach l. 2. C. de V. et P. S. zu beſchränken iſt, vgl. §. 720. n. 20. und dazu not. b. Ueber arrogatio substituti vgl. l. 3. §. ult. D. de her. inst. Außerdem kann die P. Subſt. vermöge beſonderer Beſtimmungen des Teſtirers wegfallen, l. 21. 38. §. 1. l. 43. §. 1. l. 47. §. 7. D. de V. et P. S.

§. 722.

C) Die substitutio quasi pupillaris (exemplaris, Justinianea) iſt diejenige, welche Statt findet, wenn Aeltern, die ein blödſinniges Kind haben, und befürchten, daß es in dieſem Zuſtande verbleiben möchte, mithin nicht ſelbſt teſtiren könnte, demſelben auf dieſen Fall einen Erben ernennen [a]). Da der Grund dieſer Subſtitution nicht in der väterlichen Gewalt, ſondern in der Vorſorge der Aeltern für das Beſte ihrer Kinder beruht, ſo kann ſie nicht nur vom Vater, ſondern auch von der Mutter gültiger Weiſe geſchehen [b]). Aus gleichem Grunde ſteht auch den Aeltern dieſes Recht zu, wenn die Kinder taubſtumm, oder gerichtlich für Verſchwender erklärt worden ſind [c]).

a) §. 1. I. de pup. subst. l. 9. C. de impub. et al. subst. l. ult. §. 1. C. de curat. fur.; vgl. mit l. 43. D. de V. et P. S. Th. Papillonius de subst. mente capti in Otton. thes. IV. p. 753. B. Bardili de subst. Justinianea. Tübing. 1672. Willenberg. de subst. exempl. Gedan. 1721. ingl. in deſſen ex. sabbat. II. 28. L. G. Madihn Opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris ejusque veram indolem continens. Hal. 1775. Unterholzner im Arch. für civ. Pr. II. 5. v. Löhr ebendaſ. V. 3. IX. 7. n. 1. 2. u. dagegen Thibaut ebend. V. Heft. 3. 1. n. 5. ingl. X. 10. Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 68. §. 7. Mühlenbruch XL. XLI. §. 1456. u. gegen Puchta XLI. S. 12. not. 29. Daß die substitutio, von welcher hier die Rede iſt, der subst. pup. nachgebildet worden ſey, wird in der angef. l. 9. C. u. noch deutlicher in d. §. 1. I. geſagt; deſſen ungeachtet wollen dies nur in ziemlich beſchränktem Umfang gelten laſſen: Unterholzner, ingl. von Löhr a. a. O. Man ſehe aber dagegen Thibaut im Arch. V. S. 348. X. S. 220. Francke Notherbenr. §. 36. S. 464. Je nachdem man dieſe oder jene Anſicht für die richtigere annimmt, wird man manche hier vorkommende Fragen ſo oder anders beantworten müſſen: einige ſolcher Fragen aber ſind, wenn man nicht die Analogie der subst.

pup. zu Hülfe nehmen darf, gar nicht zu beantworten. Von ſolchen Fragen heben wir hier ſogleich die hervor, ob die subst. qu. p. bloß auf das von dem Subſtituirenden herrührende Vermögen, oder überhaupt auf das ganze Vermögen, welches der Blödſinnige bei ſeinem Ableben hinterläßt, zu beziehen ſey? Läßt man die Analogie der subst. pup. gelten, ſo iſt das Letztere offenbar das Richtige. Dies iſt auch die Meinung von Madihn l. 1. §. 38. Thibaut u. Francke, Mühlenbruch §. 672. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLI. §. 1456. S. 8. ff. Schweppe §. 813. Der entgegengeſetzten Meinung ſind Unterholzner u. von Löhr, welchen neuerlich beigetreten ſind Fuhr u. Hofmann civ. Verſuche. Darmſt. 1835. n. 6. v. Hartitzſch n. CCCCIII. Nach dieſer Anſicht wäre die subst. qu. pup. mehr eine Art von fideicommiſſariſcher Dispoſition, als eine wirkliche substitutio. In praxi iſt die erſtere Meinung als die richtigere anerkannt worden; vgl. Canngießer decis. hasso-cass. I. 25. Thon Rechtsf. 1. Bd. Ilmenau 1827. n. 18. Wernher tom. III. p. 1. obs. 90. Daß dieſelbe, conſequent durchgeführt, zu manchen Schwierigkeiten und offenbaren Ungleichheiten führen kann, iſt nicht zu leugnen; das Letztere würde namentlich in einem Fall eintreten, der bei der subst. pup. nicht vorkommen könnte, wenn einem verheiratheten Kind, welches ſelbſt wieder Kinder erzeugt hat, auf dieſe Weiſe ſubſtituiret wird. — Was nun die Perſon deſſen betrifft, dem ſubſtituirt werden ſoll, ſo ſetzt die const. voraus, 1) Kinder, welche perpetuo mente capti ſind; daher man denn die Anwendbarkeit der const. auf furiosi, welche dilucida intervalla haben, mit Recht bezweifelt; Huber. prael. ad I. de pup. subst. §. 5. Madihn §. 10. Schweppe §. 813. Mühlenbruch §. 674. not. 4. v. Löhr im Arch. V. S. 109. IX. S. 116. Thibaut ebendaſ. X. S. 221., der jedoch in den Pand. §. 840. anderer Meinung zu ſeyn ſcheint. Mühlenbruch XLI. §. 1456. S. 1—40. Jedenfalls würde der Eintritt eines lichten Zwiſchenraums, während deſſen zu teſtiren erlaubt war, die bewirkte Subſtitution ungültig machen, vgl. §. 724. Ob furor oder insania vorhanden ſey, bleibt quaestio facti; es iſt aber keinesweges nöthig, daß der letztwilligen Verfügung eine förmliche exploratio vorhergegangen ſey; vgl. Böhmer Rechtsfälle II. S. 131. Thon Rechtsf. n. 18. 2) Daß dieſe Kinder in den Pflichttheil eingeſetzt werden. Mühlenbruch a. a. O. S. 2. A. M. ſcheint Unterholzner a. a. O. S. 56. Zimmern im Arch. II. 28.; vgl. dagegen v. Löhr im Arch. V. S. 110., welcher ebenfalls erfordert, daß den Kindern, welchen ſubſtituirt wird, der Pflichttheil hinterlaſſen worden ſey. Diejenigen, welche, wie der erwähnte Rechtslehrer, annehmen, daß subst. qu. p. nur auf das von dem Subſtituirenden herrührende Vermögen ſich beziehe, müſſen nothwendig voraus-

ſetzen, daß dem Blödſinnigen etwas hinterlaſſen worden ſey, und können nur darüber ſtreiten, ob das Hinterlaſſene dem Pflichttheil gleichkommen müſſe? Die Vertheidiger der entgegengeſetzten Anſicht aber haben auch den Fall zu berückſichtigen, wenn dem Blödſinnigen gar nichts hinterlaſſen worden iſt. Daß der Pflichttheil hinterlaſſen worden ſeyn müſſe, ſagt die const. ausdrücklich, und damit ſind auch einverſtanden Schweppe §. 813. Mühlenbruch a. a. O. Francke §. 36. S. 465. Die Frage aber iſt, ob einem Deſcendenten, der nach den Vorſchriften der N. 115. gehörig enterbt worden iſt, quasi pupillariter ſubſtituirt werden könne? welche Madihn §. 11. S. 26. Schweppe a. a. O. not. 7. mit mehrern andern daſ. angeführten bejahet; vgl. P. de Toullieu collect. I. c. 14. — Dieſe Bedingniſſe vorausgeſetzt, kommt nichts an auf Verſchiedenheit des Geſchlechts oder Grades der Deſcendenten; doch ſind, was letztern betrifft, vorauszuſetzen ſolche Deſcendenten, welche als Pflichttheilsberechtigte gelten; v. Löhr a. a. O. Auch das Alter der Deſcendenten kommt nicht in Betracht. Daher iſt, wenn der Vater einem noch in väterlicher Gewalt befindlichen impubes ſubſtituiret, quaestio facti, ob pupillaris oder quasi pupillaris subst. vorliege, und man nimmt auch hier an, daß die eine Art der substitutio die andre in ſich begreife; vgl. Carpzov p. III. c. 8. def. 14. Willenberg §. 6. Madihn §. 35. v. Löhr im Arch. IX. S. 110. Daß auch Adoptivkindern quasi pupillariter ſubſtituirt werden könne, nimmt an Willenberg §. 8. Madihn §. 11. S. 28., und zwar, wenn man die Analogie der subst. pup. gelten läßt, mit vollem Recht; obſchon nach ſächſiſchem Recht dies durch den Adoptivvertrag modificirt werden kann; Erbgeſ. §. 48. 58.

b) d. l. 9. C. de impub.; vgl. Mühlenbruch XL. §. 1456. S. 485. Doch werden auf Seiten des Vaters liberi legitimi vorausgeſetzt; Willenberg §. 8. Daß die Mutter, auch wenn ſie ſich anderweit verheirathet, ſubſtituiren könne, ſ. Carpzov p. III. c. 8. def. 13. Madihn §. 9. Daß beide Aeltern gemeinſchaftlich ihren blöd- oder wahnſinnigen Kindern ſubſtituiren können, leidet keinen Zweifel; nur wenn jeder beſonders und zwar auf andre Weiſe ſubſtituiret hat, entſteht die Frage, ob eine substitutio die andre ausſchließe? Sollte dies der Fall ſeyn, ſo würde der subst. des Vaters unſtreitig der Vorzug gebühren. Indeß iſt man darüber ziemlich einverſtanden, daß die substitutio des Einen die des Andern nicht geradezu ausſchließe; obwohl man für den eintretenden Fall des Zuſammentreffens verſchiedene Anſichten hegt, wovon unten mehr. Neu iſt die Anſicht von Heimberger im Arch. für civ. Pr. XII. 18., daß immer nur der zuletzt lebende Aſcendent quasi pupillariter ſubſtituiren könne. Daraus, daß auch die Mutter quasi pupillariter ſubſtituiren kann, folgt allerdings, daß das Recht quasi pupillariter zu ſubſtituiren kein eigenthümliches Recht

der väterlichen Gewalt des römiſchen Rechts ſey; ob man aber daher berechtiget ſey, auch weiter zu ſchließen, daß das Befugniß zu einer ſolchen Subſtitution auch von der älterlichen Gewalt völlig unabhängig, und daher ohne Weiteres geſtattet ſey, emancipirten Kindern, Kindern, welche separatam oeconomiam haben, verheiratheten Töchtern auf ſolche Weiſe zu ſubſtituiren, ſteht dahin. Aus der l. 9. C. iſt kein ausreichender Grund dafür zu entnehmen; ſie erwähnt eben ſo wenig als die übrigen angeführten Geſetze der emancipirten Kinder.

c) Bachov ad Treutler. Vol. II. diss. 11. th. 10. litt. c. Stryck c. 18. m. 3. §. 13. 14. Lauterbach coll. pand. tit. de pup. subst. §. 42. und was prodigi betrifft, Hommel obs. 895. n. 4. A. M. iſt Huber prael. ad tit. Just. de pup. subst. §. 5. Madihn §. 10. v. Löhr im Arch. V. S. 109. Thibaut ebendaſ. S. 344. Schweppe §. 813. Mühlenbruch §. 675. not. 3. u. in der Fortſ. der Glückſchen Pand. a. a. O. XL. §. 1456. S. 480.

§. 723.

In Anſehung der subst. qu. pup. iſt zu bemerken, I. daß die Willkühr des Subſtituirenden keinesweges eine unbeſchränkte iſt, derſelbe vielmehr zunächſt die Deſcendenten des Blödſinnigen, nach dieſen aber ſeine eignen Deſcendenten dergeſtalt zu berückſichtigen habe [a]), daß wenigſtens einer derſelben ſubſtituiret werde; und erſt in Ermangelung ſolcher [b]) auch Andre willkührlich ſubſtituirt werden können. Dabei iſt aber ferner zu bemerken, daß 1) den Notherben des Blödſinnigen, wenn ſie nicht ſubſtituirt werden, der Pflichttheil zu hinterlaſſen iſt [c]); 2) wenn die Deſcendenten des Subſtituirenden ſubſtituirt werden, nach gem. Recht nichts darauf ankommt, ob ſie vollbürtige oder halbbürtige Verwandte des Blödſinnigen ſind [d]). Was II. die Form der subst. qu. pup. betrifft, ſo exiſtirt darüber keine beſtimmte Vorſchrift; wendet man aber die Analogie der subst. pup. an, ſo ſcheint erforderlich, daß der Subſtituirende für ſich ſelbſt teſtirt haben müſſe, wenn er gültiger Weiſe quasi pupillariter ſubſtituiren will [e]). III. Die Wirkung der subst. qu. pup. iſt im Ganzen ebenfalls nach der Analogie der subst. pup. zu beurtheilen [f]). Nimmt man jedoch an, daß die subst. qu. pup. auf das ganze Vermögen des Blödſinnigen ſich beziehe, ſo entſteht in dem Fall, wenn

mehrere Adſcendenten quasi pupillariter verſchiedene Perſonen ſubſtituirt haben, für die subst. qu. pup. die eigenthümliche, in den Geſetzen nicht beantwortete Frage, in welcher Maaße die verſchiedenen Subſtituten concurriren; eine Frage, welche verſchieden, am richtigſten aber wohl dahin beantwortet wird, daß in der Regel die verſchiedenen Subſtituirten den Nachlaß zu gleichen Theilen erwerben [g]).

a) d. l. 9. C. Stryck l. l. §. 19. Berger Oec. II. 4. 18. not. 11. v. Löhr a. a. O. Francke Notherbenr. §. 36. Von Adſcendenten des Blödſinnigen iſt in dem Geſetz nicht die Rede. Was allerdings befremdlich erſcheint, wenn man erwägt, daß Adſcendenten der Blödſinnigen unbedingt als Pflichttheilsberechtigte gelten, während Deſcendenten des Subſtituirenden dies entweder gar nicht ſind, oder doch in dieſer Beziehung den Adſcendenten nachſtehen; vgl. über dieſen Punct Madihn §. 28. Ließe ſich mit Haimberger im Arch. für civ. Pr. XII. 18. S. 359. annehmen, daß immer nur der zuletzt lebende Adſcendent quasi pupillariter ſubſtituiren könne, ſo fiele dieſe Sonderbarkeit weg; denn dann wäre die Wirkſamkeit der subst. qu. pup. auf einen Fall beſchränkt, in welchem Adſcendenten, in Anſehung der Erbfolge, gar nicht concurriren können. — Daß diejenigen Perſonen, welche nach der l. 9. von dem Subſtituirenden vorzugsweiſe zu berückſichtigen ſind, dann übergangen werden können, wenn ſie ſelbſt nicht sanae mentis ſind, wie Löhr im Arch. V. S. 113. Francke a. a. O. S. 467. annehmen, hat allerdings die Worte des Geſetzes für ſich. Für die Sache läßt ſich freilich weiter nichts anführen, als daß, wenn bei der einem Blödſinnigen geſchehenen subst. qu. pup. andere Blödſinnige berückſichtiget werden müßten, dies dahin führen würde, auch dieſen ſofort wieder einen Dritten zu ſubſtituiren.

b) Daß auch neben Deſcendenten des Blödſinnigen oder Subſtituirenden kein Fremder ſubſtituirt werden könne, Zimmern im Arch. II. 28.

c) d. l. 9. C. Stryck l. l. Berger l. l. Der Pflichttheil iſt auf die gewöhnliche Weiſe, alſo namentlich ohne Bedingung, zu hinterlaſſen; vgl. A. L. Seip de subst. exemplari quoad descend. mente capti haud conditionali. Gotting. 1749. §. 15 ff. Inzwiſchen iſt man, was die Nothwendigkeit, den übergangenen Deſcendenten den Pflichttheil zu hinterlaſſen, betrifft, nichts weniger als einverſtanden. Gegen die hier angenommene Meinung hat ſich ſchon Madihn §. 13. §. 29. Zimmern in röm. rechtl. Unterſuch. III. n. 4. S. 88. und im Arch. II. 28. erklärt; dagegen hat dieſelbe an Francke a. a. O. S. 466 ff. wieder einen Vertheidiger gefunden; dem jedoch Fuhr u. Hofmann a. a. O.,

in mehrern Puncten widerſprochen haben. In Sachſen läßt ſich die Richtigkeit der im §. aufgeſtellten Anſicht nach c. 8. p. III. nicht bezweifeln. Zwar iſt in der angeführten Conſt. nur von dem Pflichttheil der Mutter die Rede; allein was hier von dem Notherbenrecht der Mutter ausgeſagt worden iſt, das muß wohl auch von denen gelten, deren Notherbenrecht dem der Mutter vorgeht. Von dem Pflichttheil der Ehegatten muß nach der allgemeinen Beſtimmung des Erbgeſ. §. 70. daſſelbe gelten.

d) Madihn §. 30. A. M. iſt Carpzov p. III. c. 8. def. 15. Canngießer I. 25. Francke a. a. O. S. 467. 468. Dieſe Deſcendenten ſind nicht immer Geſchwiſter deſſen, dem ſubſtituirt wird, nämlich in dem Fall, wenn einem blödſinnigen Enkel ſubſtituirt wird; eben ſo bei der subst. filio facta, wenn außer dieſem Sohn nur Deſcendenten andrer Söhne oder Töchter vorhanden ſind; vgl. Löhr im Arch. V. S. 113. Indeß ſpricht das Geſetz bloß von Geſchwiſtern, und ſogar nur von Brüdern, und es fragt ſich daher, ob in dem Fall, wenn einem Enkel ſubſtituirt wird, der Subſtituirende Deſcendenten, die nicht Geſchwiſter des Blödſinnigen ſind, zu berückſichtigen brauche; ob nicht wenigſtens ſolche Deſcendenten, welche zugleich Geſchwiſter des Blödſinnigen ſind, vorzugsweiſe zu berückſichtigen ſeyen? Es läßt ſich kaum annehmen, daß das Geſetz den Ausdruck liberi, welchen es zu Anfang der Stelle braucht, wo die Rede von denen war, welchen ſubſtituirt werden kann, und von Berückſichtigung der Deſcendenten des Teſtirers geſprochen wird, hier in einem beſchränktern Sinne genommen habe, als in dem Eingang der const. Es ſcheint demnach die erſte Frage bejahet werden zu müſſen; vgl. Francke S. 467. Zweifelhafter erſcheint die Beantwortung der zweiten Frage. Auch ſie würde ohne Zweifel zu bejahen ſeyn, wenn ſich annehmen ließe, daß der Geſetzgeber bei Beſtimmung der Perſonen, welche bei der subst. qu. pup. vorzugsweiſe berückſichtiget werden ſollen, die Ordnung der Inteſtaterbfolge vor Augen gehabt habe, wobei denn nach ſächſ. Recht §. 45. 46. des Erbg. in Betracht kommen würde. Vielleicht weiſet aber auch der Ausdruck fratres in d. l. 9. auf ein vorzügliches Recht der Geſchwiſter des Blödſinnigen hin; ſo daß nur erſt, wenn dieſe nicht vorhanden ſind, dem Subſtituirenden die Wahl unter ſeinen übrigen Deſcendenten freiſtehet; vgl. Mühlenbruch XLI. §. 1456. S. 4 ff.

e) Madihn §. 46. Willenberg §. 11. Mühlenbruch §. 675. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLI. §. 1458. S. 7. A. M. iſt Schweppe §. 813. v. Löhr a. a. O. S. 112. Ob subst. qu. pup. in test. parentum inter liberos oder auch in einem Codicill geſchehen könne, ſ. Madihn §. 45. 48.

f) Hiernach iſt die Frage zu beantworten, 1) weſſen Erbe der Sub=

ſtituirte werde; vgl. §. 719. not. a. Madihn §. 36., 2) ob der zugleich als Erbe des Teſtirers eingeſetzte substitutus die eine Erbſchaft annehmen und die andre ausſchlagen könne? vgl. §. 720. Madihn §. 37. 3) in wie fern der substitutus ſein Recht transmittire, §. 719. not. a. Madihn §. 41.; vgl. Mühlenbruch a. a. O. XLI. §. 1456. S. 28.

g) Vgl. Madihn §. 8. 39. Thibaut im Arch. V. S. 341. Pand. §. 844. Ausnahme von der Regel ſoll nach Thibaut in Anſehung der Subſtitution des Vaters eintreten, welche zugleich als pupillaris gilt; vgl. aber dagegen v. Löhr im Arch. IX. S. 111. Mühlenbruch §. 675. ſcheint der Meinung derer beizupflichten, welche annehmen, daß jeder Subſtituirte in dem von dem Subſtituirenden herrührenden Vermögen den Vorzug habe; vgl. Willenberg §. 5. Hiernach würden die Subſtituirten nur bei dem von dem Blödſinnigen ſelbſt aliunde erworbenen Vermögen zu gleichen Theilen concurriren; und dieſe Anſicht ſcheint am meiſten für ſich zu haben; namentlich dann, wenn in dieſer Beziehung eine ausdrückliche Beſtimmung des Subſtituirenden vorläge. Andere geben unbedingt der Subſtitution deſſen den Vorzug, welcher die väterliche Gewalt über den Blödſinnigen hatte, und laſſen, was andere Aſcendenten betrifft, den Grad der Verwandtſchaft entſcheiden; vgl. Donellus comm. VI. 27. Schweppe §. 813. S. 4.

§. 724.

Uebrigens erliſcht dieſe Subſtitution wieder: 1) ſobald das Gebrechen, wodurch das Kind ſelbſt zu teſtiren verhindert ward, wiederum wegfällt, oder das Kind, wenn es wahn= oder blödſinnig iſt, wenigſtens in ſo weit wieder hergeſtellt wird, daß es dilucida intervalla hat (§. 648.)[a]); 2) wenn nach bereits bewirkter quasi pupillariſcher Subſtitution der Blödſinnige ein Kind erzeugt, und ſolchergeſtalt das Teſtament ſeine Wirkung verliert[b]).

a) Willenberg §. 18. Madihn §. 44. A. M. iſt Hommel obs. 895., welcher, um die subst. qu. pup. ungültig zu machen, ausdrückliche Erklärung des zur Vernunft gelangten Blödſinnigen fordert. — Uebrigens iſt natürlich, um die subst. qu. pup. wegen eingetretener dilucida intervalla des Blödſinnigen aufhören zu machen, eine gerichtliche Exploration nicht eben ſo weſentlich erforderlich, als wenn zu erörtern iſt, ob in einem ſolchen Zuſtand ein Teſtament errichtet werden könne; vgl. Mühlenbruch XLI. §. 1456. S. 35.

b) l. 43. D. de v. et p. subst. Hofacker a. a. O. §. 1322. Willenberg §. 19. v. Löhr a. a. O. S. 115. Madihn §. 12.

Mühlenbruch §. 675. in fin. Schweppe §. 813. Zu den Fällen, in welchen subst. qu. pup. aufhört, pflegt man auch noch zu rechnen, wenn der Blödſinnige in der väterlichen Gewalt ſich befand, und nach dem Tode des Teſtirers in die väterliche Gewalt eines Andern zurückfällt; was bei blödſinnigen Enkeln vorkommen kann; vgl. jedoch Löhr im Arch. IX. S. 110. Ueber arrogatio des Blödſinnigen Madihn §. 44.

Fünftes Capitel.

Von ungültigen und unwirkſamen Teſtamenten.

§. 725.

Ein Teſtament iſt entweder vom Anfange an ungültig, oder es verliert ſeine Wirkſamkeit wegen eines nachher erfolgenden Ereigniſſes[a]). A) Vom Anfange an iſt ein Teſtament ungültig I. in Abſicht auf die Erbeinſetzung (test. nullum) 1) wenn der Teſtirer ein Teſtament zu machen unfähig war, entweder wegen ſeiner bürgerlichen Verhältniſſe (§. 651.), oder weil ihm der freie Gebrauch ſeiner Vernunft (§. 648.) oder Freiheit des Willens (§. 650.) ermangelte; 2) wenn das Teſtament gar keine Erbeinſetzung enthält (vgl. §. 670.); 3) wenn eine nicht erbfähige Perſon zum Erben eingeſetzt worden (§. 673.); 4) wenn Aeltern oder Kinder gänzlich übergangen, oder nicht nach Vorſchrift der Geſetze (§. 709.) enterbt worden ſind[b]). II. in Abſicht auf die äußern Feierlichkeiten, wenn dabei nicht den Geſetzen gemäß verfahren worden[c]). (testamentum injustum). S. Cap. 2.

a) l. 1. D. de injust. rupt. irr. f. test. Vorausgeſetzt wird hierbei ein vollendetes Teſtament, test. perfectum; im Gegenſatz eines test. imperfectum (womit auch ein testamentum non jure factum, l. 2. §. 1. D. test. quemadm. ap., nach Mühlenbruch XXXVIII. §. 1430. S. 367. 374. 450. auch wohl test., das zwar jure praetorio gilt, dem aber die civilrechtliche Form mangelte, bezeichnet wird). Imperfectum im eigentlichen Sinne heißt ein Teſtament, 1) wenn der actus testandi nicht vollendet, vielleicht nicht einmal begonnen, ſondern nur vorbereitet worden iſt, l. 29. D. qui test. fac. (vgl. §. 664.). Das Fehlende iſt dann entweder eine Förmlichkeit, oder die Willenserklärung, welche nur theilweiſe

oder vielleicht gar nicht erklärt worden iſt; vgl. G. Ch. Harpprecht de test. rat. volunt. imperfecto. Tubing. 1693. u. in deſſen diss. I. 44. tr. de success. II. p. 1267. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1430. S. 364. 405. Schott, in der §. 729. not. a. angef. diss. c. 4. In Beziehung auf letztere können auch die test. privilegiata, für welche es gar keine beſtimmte Form giebt, imperfecta ſeyn. Sonſt fällt bei dem test. nuncupativo Form und Willenserklärung in der Regel zuſammen, dasjenige ausgenommen, zu welchem scriptura hinzutreten muß, wie das test. nuncup., welches vor Gericht oder auch vor einem Notar errichtet wird. Umgekehrt wird bei ſchriftlichen Teſtamenten die Willenserklärung bereits vollendet ſeyn, ehe der eigentliche actus testandi beginnt; den Fall ausgenommen, wenn in der scriptura test. eine unvollſtändige Willenserklärung enthalten, insbeſondere auf eine noch zu entwerfende schedula Bezug genommen worden iſt (§. 674. not. c.). Ein test. kann aber imperfectum 2) auch nach vollendetem actus testandi ſeyn, wenn nach dem Willen des Teſtirers etwas hinzutreten ſoll, und dieſes Hinzutretende kann entweder eine Förmlichkeit, wie scriptura bei einem test. nuncupativo, gerichtliche Niederlegung bei einem ſchriftlichen Teſtament, förmliche Vollziehung bei einem test. privilegiato, oder ebenfalls eine Willenserklärung ſeyn. Was nun die hierbei geltenden Rechtsgrundſätze anlangt, ſo iſt als allgemeine Regel anzunehmen: nihil actum esse creditur, dum aliquid agendum superest, l. 11. C. de his quib. ut indign. Insbeſondere iſt A) ein test. ratione solennitatis imperfectum ſchlechthin unwirkſam; ſelbſt wenn von einer Förmlichkeit die Rede ſeyn ſollte, die nach bereits erfolgtem Teſt. Act. dem Willen des Teſtirers gemäß noch hinzutreten ſoll, ſobald nicht nachgewieſen werden kann, daß dem bereits erwähnten letzten Willen proviſoriſch eine gewiſſe Gültigkeit, z. B. durch Beifügung der cl. codicillaris, zugeſtanden worden iſt. Wenn jedoch ein Teſtirer noch vor dem actus testandi erklärt haben ſollte, daß er unter gewiſſen Solennitäten teſtiren wolle, und in einem ſpätern Teſtament zwar gültig, jedoch ohne jene Förmlichkeiten teſtiret, ſo iſt das Teſtament nicht geradezu ungültig, weil man auch annehmen kann, daß der Teſtirer, wie er konnte, ſeinen Willen geändert habe; vgl. M. G. Wernher disquis. de testam. et cod. privileg. Norimb. 1780. §. 89—97. add. §. 729. not. e. Was B) ein testamentum ratione voluntatis imperfectum anlangt, ſo iſt man ebenfalls einverſtanden, daß Beſtimmungen, in Anſehung deren eine vollſtändige Willenserklärung nicht vorliegt, nicht in Betracht kommen. Allein die Frage iſt, ob und in wie weit Unvollſtändigkeit der Willenserklärung in Anſehung einer oder der andern Beſtimmung Ungültigkeit der ganzen Verfügung nach ſich ziehe? Mehrere, wie Harpprecht diss. l. §. 9. 10. 35. 46. Me-

renda controv. jur. IV. 48., nehmen allerdings Ungültigkeit des Ganzen an, wogegen Mühlenbruch a. a. O. S. 408. nach Hotomann u. A. ſich erklärt. Es iſt hierbei zu betrachten α) das, was hinzutreten müßte, um das Teſtament zu einem vollſtändigen zu machen. Dies iſt entweder eine ganz neue Anordnung, oder die Modification einer bereits beſtehenden Verfügung. Iſt von erſterer die Rede, ſo thut Unvollſtändigkeit des bereits erklärten letzten Willens in Anſehung von Nebenbeſtimmungen, wie Legate, Fideicommiſſe, Vormundſchaftsernennungen, der Gültigkeit des Uebrigen keinen Eintrag; Rösler decis. test. I. 26. Leyſer sp. 351. m. 8. Mühlenbruch a. a. O. S. 413. Wohl aber würde Unvollſtändigkeit, in Anſehung der Erbeinſetzung, Ungültigkeit des Ganzen nach ſich ziehen, wenn nicht etwa die Anordnung der Legate cum clausula codicillari vor der Erbeinſetzung Statt gefunden hätte; vgl. l. 25. D. qui test. fac. Mühlenbruch S. 415. Doch ſchadet eine unvollſtändig ausgedrückte Erklärung der Erbeinſetzung, wenn nur der Sinn offenbar iſt, nichts; vgl. l. 1. §. 5. D. de her. inst. Harpprecht §. 22. Iſt dagegen nur von Modification einer bereits ausgeſprochenen Beſtimmung, z. B. Vertheilung, Anweiſung, modus, conditio, die Rede, ſo ſchadet es der Gültigkeit des letzten Willens nicht, wenn dieſe Modification fehlt; gleichviel, ob der Teſtirer ſolche Modification einer anderweitigen Willenserklärung vorbehalten, l. 27. §. ult. D. de leg. 2., oder auf ſolche, als einen Theil des bereits erklärten letzten Willens, ſich bezogen hat, l. 9. §. 5. D. de hered. inst. l. 8. C. de inst. et subst.; vgl. Mühlenbruch S. 423 ff. — β) Der Grund der Unvollſtändigkeit. Es iſt dies entweder ein Zufall, der den actus testandi unterbrochen hat, wie Tod, eingetretene Sprachloſigkeit des Teſtirers, d. l. 25. l. 9. C. qui test. fac.; oder ein Vorbehalt von Seiten des Teſtirers, d. l. 8. C. In dem letztern Fall ſcheint die Bemerkung von Harpprecht §. 9. beachtenswerth, nach welcher zu berückſichtigen iſt, ob der Teſtirer in dem Stande ſich befand, den gemachten Vorbehalt auszuführen oder nicht, indem, das Erſtere vorausgeſetzt, die nicht erfolgte Ausführung des Vorbehalts auf eine Willensveränderung des Teſtirers ſchließen laſſe; vgl. auch Berger II. resp. 173. und dazu Wernher disquis. de test. et cod. privileg. etc. §. 11. j. §. 9. — Nach ſächſ. Recht giebt §. 2. 3. des Erbgeſ. zu der Frage Veranlaſſung: ob in dem Fall, wenn der Teſtirer mehrere Erben einſetzen wollte, jedoch nur einige benannt hat, die Einſetzung der letztern beſtehe, ſo daß im Uebrigen die Inteſtaterben mit eintreten. Die Worte des §. 2. ſind allerdings ziemlich allgemein gefaßt. Doch iſt zu beachten, daß nach dem Geſetz der Eintritt der Inteſtaterben nur in Fällen eintreten ſoll, in welchen nach gem. Recht ein jus accrescendi Statt fand; was bei einem test. imperfectum nicht der Fall iſt. Läßt man dieſe Be-

merkung nicht gelten, ſo ſcheint obige Frage bejahet werden zu müſſen, wenn den benannten Erben auch beſtimmte Erbtheile angewieſen worden ſind. Schwieriger würde die Entſcheidung ſeyn, wenn die angenommene Vorausſetzung nicht eintritt, weil man hier nicht weiß, welchen Theil der Erbſchaft die eingeſetzten Erben, welchen die Inteſtaterben erhalten ſollen. Doch iſt dieſe Schwierigkeit nicht unauflöslich; vielmehr würde nach §. 680. anzunehmen ſeyn, daß die Erbſchaft zwiſchen den eingeſetzten Erben zu gleichen Theilen zu vertheilen ſey, ſo daß jeder eingeſetzte Erbe einen Theil und der Complex aller Inteſtaterben einen Theil empfängt. In beiden Fällen ſcheint Erhaltung der ausgeſprochenen Erbeinſetzung dem Willen des Teſtirers (vgl. §. 7. des Erbgeſ.) gemäß, gegen welchen man offenbar verſtoßen würde, wenn man die ausgeſprochene Erbeinſetzung für ganz ungültig erklären wollte; vgl. was, wiewohl in anderer Beziehung, Mühlenbruch a. a. O. S. 419. ſagt.

b) Doch bleibt in dieſem letztern Falle das Teſtament bei Kräften: 1) wenn die übergangenen oder widerrechtlicher Weiſe enterbten Aeltern oder Kinder noch bei des Teſtirers Lebzeiten ſterben, l. 12. pr. D. de injust. rupt. irrit. Carpzov p. III. 9. 11. Berger Oec. II. IV. 20. 4.; vgl. §. 693. not. e.; 2) wenn ſie entweder bei des Teſtirers Lebzeiten, oder auch erſt nach deſſen Tode die Uebergehung oder widerrechtliche Enterbung ausdrücklich oder ſtillſchweigend genehmigen, l. 17. D. eod. Conſt. 10. P. III. Winkler ad Berger. Oec. II. IV. 14. 6. Carpzov P. III. c. 10. d. 1. 2. Mehr davon unten; vgl. auch §. 697. not. b. §. 703. §. 766. Zu den in dem §. angef. Fällen iſt noch der Fall einer nicht zu beſeitigenden Obſcurität zu rechnen, welche entweder das ganze Teſtament, oder doch die hered. institutio afficirt, l. 9. §. 9. D. de her. inst. l. 16. D. de const. inst. l. 4. D. de reb. dub. l. 2. D. de his quae pro non scr. Bloße Sonderbarkeiten, wenn ſie auch in Abgeſchmacktheiten ausarten ſollten, thun an ſich der Gültigkeit des Teſtaments keinen Eintrag; vgl. Püttmann Adversaria I. 11.

c) l. 1. D. de injust. rupt. l. 12. C. de test. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1427. Welche Solennität fehle, ob eine bedeutende oder eine weniger bedeutende, darauf kommt es nicht an. A. M. iſt Leyſer sp. 355. m. 5. u. suppl. sp. 351. m. 1. u. gegen Müller. ad L. Obs. 5.

§. 726.

B) Ein vom Anfange an gültiges Teſtament wird wegen eines nachher erfolgenden Ereigniſſes entweder ipso jure unkräftig, oder es wird nur als pflichtwidrig reſcindirt [a]). Vom letztern werden wir unten mit Mehrerem handeln.

a) Verſchieden iſt der Fall, wenn das Teſtament gültig bleibt, jedoch dem Erben der beſchiedene Erbtheil entzogen wird. Mehr darüber §. 947. Ueber Nullität eines Teſtaments, durch welches Pflichttheilsrechte verletzt worden ſind, nach der N. 115. vgl. §. 709.

§. 727.

Ipso jure wird ein gültiges Teſtament wiederum unkräftig, I. wenn der Teſtirer nach bereits errichtetem Teſtamente durch Arrogation oder Legitimation der väterlichen Gewalt eines Andern unterworfen wird (test. irritum) [a]), II. wenn der eingeſetzte Erbe nicht Erbe wird (test. destitutum); und zwar entweder 1) weil er die Erbſchaft ausſchlägt, oder 2) weil er bei Lebzeiten des Teſtirers, oder 3) zwar nach des Teſtirers Tode, aber noch vor Antretung der Erbſchaft ſtirbt, oder 4) weil die Bedingung der Erbeinſetzung nicht erfüllt worden iſt [b]).

a) §. 4. 5. I. Quib. mod. test. infirm. Andere Gattungen eines test. irriti kommen h. z. T. nicht vor; vgl. §. 651. not. a. Und ſelbſt, ob in dem angegebenen Fall nach neuerm ſächſ. Recht das testamentum irritum werde, kann nach dem Erbgeſ. §. 53. bezweifelt werden. Dagegen läßt ſich ein Fall eines test. irritum in §. 72. des Erbg. nachweiſen, wenn man dieſen Fall nicht lieber als den eines test. ruptum nehmen will. Ueber das gem. Recht vgl. Hübner disp. test. c. 2. Mühlenbruch XXXIX. §. 1433. Testamentum irritum ſetzt immer ein durch das poſitive Recht bezeichnetes Ereigniß in der Perſon des Teſtirers voraus, welches dem errichteten Teſtament die Gültigkeit entzieht. Capitis deminutio iſt nur ein einzelner dahin gehöriger Fall, in welchem jedoch, wenn der vorige status wiederhergeſtellt und von Seiten des Teſtirers erklärt wird, daß es bei dem bereits errichteten Teſtament bewenden ſolle, bonorum poss. sec. tabulas ertheilt ward; §. 6. I. quib. mod. test. inf. l. 12. pr. D. de injust. rupt. irr. test. l. 11. §. 2. D. de bon. poss. sec. tabulas, wobei zu vergleichen Marezoll im Arch. VIII. 10. n. 2. — Daß der Teſtirer nach errichtetem Teſtament den Gebrauch der Vernunft verliert, oder für einen Verſchwender erklärt wird, macht das früher errichtete Teſtament nicht ungültig, §. l. 2. I. quib. non est permissum fac. test. Dem ſteht, was Verſchwender betrifft, die V. O. XXIV. §. 13. 14. nicht entgegen.

b) §. 2. I. eod. l. 1. D. de injust. rupt. irrit. l. 9. §. 2. D. de lib. et posthum. Lauterbach. de test. destituto, in deſſen diss. Vol. III. n. 32. Zepernick. de viribus test. dest. diss.

l. 2. Hal. 1773. 1774. C. W. Küstner. de legat. ex test. dest. haud praef. L. 1742. Mühlenbruch XXXIX. §. 1433. a. Daß das test. destitutum gänzlich ungültig ſey, folglich auch die in demſelben ausgeſetzten Legate oder Fideicommiſſe nicht präſtiret werden, wenn nicht etwa die Codicillar=Clauſel beigefügt worden iſt, darüber ſind die meiſten Rechtslehrer einverſtanden; obwohl Einige der Meinung ſind, daß dies theils durch l. un. §. 13. C. de cad. toll., theils durch N. 1. c. 1. 2. abgeändert worden ſey; vgl. über dieſen Punct Stryck de succ. ab int. diss. I. cap. 1. §. 29 seq. Lauterbach. l. 1. 26. 27 seq. und die daſ. angeſ. Rechtslehrer. Die letztere Meinung hat vornehmlich vertheidigt Zepernick in den angeſ. Diſſert. u. Löhr im Arch. für civ. Pr. V. n. 15.; man ſehe aber dagegen Francke Beitr. zur Erläut. einzelner Rechtsmaterien. Göttingen 1828. n. 6. S. 148. Mühlenbruch §. 784. not. 2. Der Wegfall eines Einzelnen von mehrern eingeſetzten Erben verhindert, ſo lange jus accrescendi möglich iſt (§. 919.), die Deſtituirung des Teſtaments. Nach neuerm ſächſ. Recht muß jedoch allerdings angenommen werden, daß ein test. destitutum in dem Sinne des gemeinen Rechts nicht exiſtire; denn es treten nach §. 1. des Erbgeſ. in dem Fall, wenn der in dem Teſtament eingeſetzte Erbe nicht zur Erbſchaft gelangt, die Inteſtaterben an deſſen Stelle, die aber nach §. 5. alle gültigen Verfügungen, welche der Wegfallende zu präſtiren gehabt hatte, ohne Weiteres zu leiſten verbunden ſind; vgl. Kriegel diss. l. §. 38. p. 91. Daß dies in der Regel auch gelte, wenn von mehrern eingeſetzten Erben nur einer wegfällt, ſ. §. 4. des Erbg. Von den Fällen, in welchen ein Erbe, auch wenn er noch vor Antretung der Erbſchaft ſtirbt, dieſelbe dennoch auf ſeine Erben transferiret, ſ. unten.

§. 728.

III. Wenn dem Teſtirer nach bereits errichtetem Teſtamente entweder bei ſeinem Leben oder nach ſeinem Tode ein Kind nachgeboren wird, deſſen im Teſtamente nicht gedacht worden iſt (test. ruptum) [a]). Dieſes wird auch auf folgende Fälle erſtreckt: 1) wenn der Teſtirer nach errichtetem Teſtamente Jemanden arrogirt oder plene adoptirt [b]); (§. 182.) 2) wenn er nach errichtetem Teſtamente ſein uneheliches Kind durch nachfolgende Ehe legitimirt [c]); 3) in Anſehung leiblicher Deſcendenten entferntern Grades, wenn ſie an die Stelle ihrer Aeltern oder Großältern, wegen deren vor dem Teſtirer erfolgten Ablebens, treten, gleichwohl aber in dem Teſtament des letztern weder eingeſetzt,

noch enterbt ſind [d]). Doch bleibt das Teſtament alsdann bei Kräften, wenn die Perſon, durch deren Dazwiſchenkunft daſſelbe entkräftet ward, noch bei des Teſtirers Lebzeiten wiederum verſtirbt [e]).

a) §. 1. I. Quib. mod. test. inf. l. 1. et 3. pr. D. de injust. rupt. irr.; vgl. §. 692. not. g. Glück VII. §. 511. S. 300. Mühlenbruch Comm. XXXVI. §. 1421 h. S. 154. 286. 314. 387. 422. 439. XXXVII. §. 1421 i. §. 1425 c. S. 352. XXXIX. §. 1432. Francke Notherbenrecht §. 3. 7. Wir bemerken noch, was 1) die Bedingungen anlangt, unter welchen ein test. ruptum durch agnatio posthumi wird, daß im Allg. ein posthumus suus nach älterm Recht, ein posthumus, der Notherbenrechte hat nach der N. 115., vorausgeſetzt wird. Daher nach neuerm Recht auch das Teſtament der Mutter und Großmutter durch agnatio posthumi rumpirt werden kann; vgl. Kind I. 50. S. 363. Was posthumi veri anlangt, ſo iſt außerdem erforderlich, daß ſie vivo testatore concepti §. 8. I. de her. quae ab int., und, wenn von dem Teſtament des Vaters die Rede iſt, vor Ablauf des 10. Monats von dem Tode des Teſtirers geboren worden ſind, l. 4. 3. §. 11. D. de suis et leg. her. j. l. 4. C. de lib. et posth. Auch werden Deſcendenten aus einer gültigen Ehe vorausgeſetzt, l. 9. §. 3. D. de lib. et posth. Welche Ehe für gültig zu achten ſey, darüber hat das neuere ſächſ. Recht ziemlich laxe Beſtimmungen; vgl. §. 14. des Erbg. Darf man die Brautkinder für Notherben annehmen (§. 695.), ſo werden auch ſie, wenn ſie als posthumi auf die Welt kommen, das väterliche Teſtament rumpiren. 2) Wirkung der ruptio war nach älterm römiſchen Recht unſtreitig gänzliche Ungültigkeit des Teſtaments, wenn der posthumus nicht eingeſetzt oder enterbt worden war; vgl. §. 692. not. g. Mehrere nehmen an, daß in dieſem Punct durch N. 115. nichts geändert worden ſey; Stryck de succ. ab int. IX. 5. §. 11. Leyser. sp. 359. m. 7. Glück VII. §. 554. S. 372. u. a. daſ. Angeführte. Der Grund, daß die Vorſchrift der N. 115. über Anführung einer Enterbungsurſache auf posthumus nicht paſſe, iſt äußerſt ſchwach. Er paßt bloß auf posthumos veros, und auch hier folgt daraus, daß bei ſolchen eine caussa exheredationis nicht denkbar iſt, keineswegs, daß ein nachgeborner Pflichttheilserbe, wenn er übergangen worden iſt, mehr Recht habe, als ein ſolcher, der bei Errichtung des Teſtaments bereits exiſtirte. Am allerwenigſten würde die Anwendung des ältern Rechts ſich rechtfertigen laſſen, wenn die Rede iſt von dem Teſtament der mütterlichen Adſcendenten. Daher nimmt Mühlenbruch XXXVII. S. 353. mit Recht an, daß die Beſtimmungen der Nov. 115. auch für den Fall der agnatio eines übergangenen posthumus anwendbar ſeyen. Ueber den Fall, wenn

der Teſtator, in Bezug auf den posthumus, in Irrthum ſich befunden hat, treten die §. 710. B. angeführten Grundſätze ein; vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 353. Unter den ſächſ. Juriſten war ſchon Carpzov p. III. c. 9. def. 4. der Meinung, daß durch die agnatio posthumi bloß heredis institutio vernichtet werde, doch beſchränkt er dies auf den Fall, wenn der posthumus wiſſentlich übergangen worden iſt. In der neuern Zeit ſcheint man indeß dieſe Anſicht nicht beachtet zu haben; denn das Urtheil des AG. bei Kind I. 50., ſo wie ein Urthel des Schöppenſtuhls zu Leipzig, ingl. des AG. in Joh. Eliſabeth Büttnerin Verlaſſ. v. den Jahren 1812 u. 1813., nehmen theilweiſe Gültigkeit des rumpirten Teſtaments nur auf den Grund der beigefügten clausula codicillaris (wobei aber in dem Urthel bei Kind l. l. noch ein Irrthum von Seiten des Teſtirers vorausgeſetzt wird) an. Das neue Erbg. hat dieſen Punct unberührt gelaſſen; daß nach demſelben teſtamentariſche und Inteſtaterbfolge zugleich eintreten kann, bietet noch keinen ſtringenten Grund zu der Annahme, daß der posthumus, ſo wie ehedem übergangene Enkel und Töchter, den eingeſetzten Erben accreſcire, am allerwenigſten dann, wenn der Teſtirer in errore verſiret hätte. Eher konnte man aus §. 72. des Erbg. ein Argument dafür entnehmen, daß nicht das ganze Teſtament vernichtet werde.

b) §. 1. I. ibid. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 158.; vgl. §. 695. n. 5. a. §. 72. des Erbg.

c) §. 2. I. de hereditate, quae ab intest. defer. Mühlenbruch a. a. O.; ſ. auch oben §. 695. n. 34.

d) §. 2. I. de exheredand. lib.; vgl. Link. consilia altorfina n. 40. Kind I. 50.; vgl. §. 693. not. f. Auch die not. a. angeführten Urthel beziehen ſich auf dieſen Fall. Ein anderer bei Mühlenbruch a. a. O. S. 162. angef. Fall kann bei dem test. militis vorkommen. Wird das Teſtament von Seiten des agnaſcirenden posthumus nicht angefochten, ſo bleibt daſſelbe beſtehen, und ein Dritter erlangt dadurch kein Recht, die Gültigkeit deſſelben zu beſtreiten; J. W. III. 34. Nach ſächſ. Recht kann ein Teſtament auch durch Verheirathung des Teſtirers durch den Eintritt des Ehegatten ruptum werden; aber freilich nur in tantum, nämlich in ſo weit es das Pflichttheilsrecht des Ehegatten verletzt. Erbg. §. 72.

e) l. 12. pr. de injust. rupt. irr. Berger Oec. II. IV. 47. 2.; vgl. §. 692. not. e. Daſſelbe gilt, wenn der posthumus nicht lebensfähig zur Welt kommt, l. 3. C. de lib. et posth. Glück VII. S. 304. Es fragt ſich, ob ein Gleiches in dem Fall von §. 72. des Erbg. anzunehmen ſey, wenn die Ehe vor Ableben des Teſtirers wieder aufgehoben worden iſt? Dieſe Frage ſcheint nach dem Sinn des angegebenen §. nicht anders als bejahet werden zu

können. Etwas anderes würde in dem Fall, wenn eine erfolgte Adoption durch Emancipation wieder aufgehoben wird, gelten; arg. des Erbg. §. 54.

§. 729.

IV. Wenn der Teſtirer ſeine Willensmeinung ändert, und ſolches durch Worte oder Handlungen erklärt (test. ruptum) [a]). Es gehört hierher A) wenn derſelbe nach bereits errichtetem Teſtamente ſpäterhin ein anderes Teſtament macht, dafern nur das letztere ein vollkommen gültiges Teſtament iſt [b]); hingegen kommt darauf nichts an, 1) ob das letztere ein feierliches oder privilegirtes Teſtament iſt [c]), und 2) ob in demſelben des erſtern Teſtaments, und daß dieſes hierdurch widerrufen ſeyn ſolle, Erwähnung geſchehen oder nicht [d]). Auch 3) wenn gleich der im letztern Teſtamente ernannte Erbe die Erbſchaft ausſchlägt, oder vor dem Teſtirer ſtirbt, wird dennoch das erſtere Teſtament hierdurch kraftlos [e]). Aber 4) etwas beſonderes iſt es, daß ein vollkommen gültiges Teſtament auch durch ein ſpäteres unvollkommenes, jedoch aber wenigſtens vor fünf Zeugen errichtetes Teſtament alsdann entkräftet wird, wenn in dem letztern die Inteſtaterben, im erſtern aber andere Perſonen eingeſetzt ſind [f]).

a) Anton Faber err. pragm. dec. 68. B. Bardili de revocat. ultimae voluntatis. Tubing. 1683. J. G. F. Heyd de revocat. ult. vol. Stuttg. 1778. B. M. Hoffmann. de test. revocat. ex juris germani principiis. Altorf. 1758. Vgl. auch Gabke pr. Heisler. diss., an et quatenus test. parent. inter liberos aliud test. anterius rumpat. Halae 1779. cap. I. §. 14—22. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1430. XL. §. 1432. Vorausgeſetzt wird natürlich auch hier Freiheit des Willens; vgl. unten not. a. u. §. 731. Wenn furiosi und mente capti ein gültig errichtetes Teſtament ändern wollen, ſo iſt die Frage, ob auch hier das Daſeyn eines lichten Zwiſchenraums auf die §. 648. erwähnte Weiſe ermittelt werden müſſe? Für die bejahende Beantwortung läßt ſich allerdings l. 35. 100. D. de R. I. anführen, wenn man nicht etwa die Aufhebung eines letzten Willens mehr begünſtigen zu müſſen glaubt, als die Errichtung deſſelben; was jedoch im Allgemeinen nur für den Fall gelten könnte, daß die durch das Teſtament aufgehobene Inteſtaterbfolge wieder hergeſtellt würde. Daß ein pro-

digus ein vor der interdictio bonorum errichtetes Teſtament revociren könne, ſ. Zeitſchr. N. F. I. XVIII. vgl. §. 732. b. not. e. Dagegen ſteht der Aufhebung des letzten Willens die bloße Erklärung des Teſtirers, das errichtete Teſtament nicht ändern zu wollen, keinesweges entgegen, l. 6. §. 2. D. de jure cod. l. 22. D. de leg. 3. (die freilich bloß von Legaten ſprechen), ſelbſt wenn ſie eidlich erfolgt ſeyn ſollte; vgl., was Letzteres betrifft, Berger a. a. O. Kind I. 59. ed. I. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1428. S. 189.; vgl. jedoch Breuning an juram. de non mutando test. omni obligatione careat. L. 1772. Die dem Teſtament ſelbſt beigefügte Erklärung, daſſelbe nicht ändern zu wollen, bildet die ſogenannte clausula derogatoria, über welche zu vergleichen ſind Stryck de caut. test. c. 24. §. 53. Cocceji de claus. testam., in deſſen ex. I. 70. c. 2. Bynkershoek obs. III. 4—7. Gmelin und Elſäſſer gemeinn. Beob. u. Rechtsf. I. 25. Overbeck Med. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 173 ff. Es fragt ſich, ob nicht dieſe clausula wenigſtens in einem beſchränkten Sinne Wirkung habe, inſofern nämlich der Teſtirer erklärt hat, daß nur ein in einer beſtimmten Form ſpäter errichteter letzter Wille Wirkſamkeit habe? Mehrere, wie Leyser. sp. 377. m. 12. Müller. ad L. obs. 587.; denen ſelbſt Mühlenbruch a. a. O. beizupflichten ſcheint, beantworten dieſe Frage bejahend; allein die angef. l. 6. §. 2. D. de jure cod. liefert doch ein erhebliches Argument dagegen; und es iſt in der That kaum abzuſehen, warum nicht in Gemäßheit der Regel nemo sibi legem scribere potest, a qua recedere non possit, auch eine beſchränkte cl. derogatoria als widerrufen durch eine ſpätere Erklärung, namentlich, wenn dieſe in einem neuen Teſtament liegt, angeſehen werden ſolle; vgl. §. 725. not. a. Es bedarf auch in der Regel keinesweges einer ausdrücklichen Revocation der cl. derog. Wernher in der not. c. S. 198. angef. diss. §. 98. Mühlenbruch a. a. O. — Hatte übrigens der Teſtirer dem in ſeinem Teſtament eingeſetzten Erben verſprochen, daß er daſſelbe nicht abändern wolle, u. letzterer dies Verſprechen acceptiret, ſo würde dies die Natur eines Erbvertrags haben, und daher von dem Teſtirer nicht einſeitig widerrufen werden können, vgl. dec. 13. v. J. 1746. u. dazu Bauer §. 8.; desgl. unten §. 732. 1. Leyſer sp. 359. m. 8—10. Müller. ad L. obs. 634. Pufendorf II. 72. Bülow u. Hagemann Erört. VI. 79. Kind I. 1. u. I. 50. ed. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 209. Daß ein ſolches Verſprechen den in dem Teſtament eingeſetzten Legataren in der Regel nicht zu ſtatten komme, ſ. Pufendorf l. l.; vgl. auch Mühlenbruch S. 211. Uebrigens bezweifeln einige Rechtslehrer auch nach heutigem Recht die Gültigkeit eines pactum de non mutando testamento; vgl. Richter consil. II. 419. Wernher p. I. obs. 160.

Madihn Miscellen n. 31. S. 138. Die brocardica, welche man in Beziehung auf Revocation vom letzten Willen anzuführen pflegt, hereditas semel data adimi facile non potest, l. 1. §. 4. D. de his quae in test. del.; in revocando testamento eaedem solennitates adhibendae, quae in condendo test., l. 35. 100. D. de R. I., ſind von ſehr zweifelhaftem Werthe und nur mit Vorſicht anzuwenden. Das erſte ſcheint an der angeführten Stelle, und in andern Stellen kommt es wenigſtens in Beziehung auf testamenta nicht vor, eigentlich nur ſo viel zu ſagen, daß man in dem Fall einer durchſtrichenen Erbeinſetzung, mit welcher eine unverletzt gebliebene substitutio verbunden iſt, nicht ſowohl eine ademtio hereditatis, ſondern vielmehr annehmen ſolle, non datam esse hereditatem. Was die zweite Regel anlangt, ſo iſt ſie unanwendbar für den §. 731. erwähnten Fall der Revocation; unnütz für den Fall der revocatio per testamentum posterius, weil dann von gar keinen andern Solennitäten die Rede iſt, als denen, welche zur Errichtung des Teſtaments erfordert werden; mithin höchſtens brauchbar für den Fall der mündlichen Revocation eines letzten Willens.

b) §. 2. 7. I. quib. mod. test. inf. l. 2. D. de injust. rupt. irr. test. 21. §. 5. l. 27. C. de test. Die bei Gabke diss. l. §. 18. angeführte Regel, daß ein test. posterius, inſofern von dem effectus rumpendi die Rede iſt, ſtrenger beurtheilt werden müſſe, als ein andres Teſtament, entbehrt der Begründung. Ein ungültiges Teſtament hat in der Regel auch nicht die Wirkung, ein vorhandenes Teſtament aufzuheben; ungültig iſt aber das Teſtament, aus welchem für den eingeſetzten Erben kein jus succedendi entſteht. Dies gilt in sp. von einem test. imperfectum, d. §. 7. J. C. G. Altner. de test. posteriori imperfecto prius perfectum haud infirmante. Erff. 1727. J. T. Reinharth de test. imperf. perfectum infirmante, ib. 1775. C. H. Breuning. prol. acad. ad orat. Divi Pertinacis in §. 7. I. quib. mod. test. inf. L. 1755. A. H. Schott. diss. ad orat. Pertinacis de test. post. imperfecto prius perfect. haud infirmante, in deſſen opusc. p. 41. J. W. III. 43. Eben ſo von einem nichtigen Teſtament, Mühlenbruch XXXVII. §. 1425 b. S. 294. §. 1425 c. S. 361. XXXVIII. §. 1430. S. 359. 345., insbeſondere galt dies ſonſt von einem test., in welchem ein suus übergangen worden war, l. 7. 12. D. de lib. et posth. l. 12. §. 1. D. de bon. poss. c. tab.; vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 446.; nicht aber von dem alten test. inofficioso. Dagegen ſcheint ein Teſtament, welches gegen die in der N. 115. vorgeſchriebene Form verſtößt, effectum rumpendi nicht zu haben, wenn man annimmt, daß ein ſolches Teſtament an einer, wenn auch nur reſpectiven, Nullität leide; vgl. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 317 ff. XXXVII.

§. 1425 b. S. 294. §. 1425 c. S. 333. 341. XXXVIII. §. 1430. S. 446. Daß auch ein erzwungenes Teſtament nicht effectum rumpendi habe, ſ. Rösler decis. I. 11. Mühlenbruch XXXVIII. S. 183. Ein ſpäter errichtetes Codicill oder ein Teſtament, das nur vermöge der clausula codicillaris aufrecht erhalten wird (Altner §. 37. Mühlenbruch S. 385.), hebt ein früheres Teſtament in Beziehung auf Erbeinſetzung wenigſtens nicht direct auf, §. 3. I. de cod., obwohl eine demſelben einverleibte Erklärung Veranlaſſung geben kann, daß dem eingeſetzten Erben als indignus ſein Antheil entriſſen wird, l. 4. C. de his, quib. ut indign.; dagegen kann durch Erbvertrag ein früheres Teſtament aufgehoben werden; Mühlenbruch S. 347.

c) l. 2. D. eod. Moller. semestr. III. 22. Carpzov. p. III. c. 4. def. 25. Berger. Oec. II. 4. 29. Hofacker §. 1347. Wernher diss. l. cap. 3. Mühlenbruch S. 365. A. M. iſt Gabke diss. l. §. 20. Uebrigens wird test. prius, auch wenn es privilegiatum iſt, durch ein ſpäteres nach gemeinem Recht errichtetes, aufgehoben. Ueber Ausnahme bei test. militare ſ. §. 739. Auch bei dem test. parentum inter liberos hat man eine Ausnahme von dieſer Regel annehmen wollen, davon weiter unten; vgl. überhaupt M. G. Wernher de test. et codicill. privileg. spec. de ruptione test. per minus solenne. Norimb. 1780. Es kommt natürlich auch nichts darauf an, ob das eine Teſtament ſchriftlich, das andre mündlich verfaßt war, wiewohl einige ältere Rechtslehrer, aus l. 20. C. de test. den Satz ableiten, daß ein testam. nuncupativum, in welchem der Regent als Erbe eingeſetzt worden iſt, einem vorhergegangenen ſchriftlichen nicht derogire; vgl. über das angezogene Geſetz Faber. err. pragm. dec. 68. c. 1. 2. 6. 7. 8. 9. 10. Marezoll in Linde's Zeitſchr. III. 14. S. 288. Auch ein test. posterius, in welchem ein Erbe nur in re certa eingeſetzt worden iſt, hebt das frühere in der Regel auf; l. 29. D. ad Sct. Treb. Daß dies auch noch als gültig nach neuerm ſächſiſchen Recht angeſehen werden müſſe, ſ. Kriegel diss. l. §. 38. S. 89.

d) a. l. 27. C. de test. Und das zwar ſelbſt in dem Fall, wenn dem erſtern Teſtament die cl. derogatoria beigefügt worden ſeyn ſollte; Huber prael. ad pand. h. t. §. 5. Wernher p. 1. obs. 205. Kind I. 59. ed. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 173. 184.

e) §. 2. I. quib. mod. test. inf. Stryck de succ. ab int. IX. 4. §. 31. seq., daſ. auch von dem Fall, wenn das zweite Teſtament wieder vernichtet worden iſt. Mühlenbruch a. a. O. S. 350. 357. XXXIX. §. 1433. S. 22. Ueber den Fall, wenn das ſpätere Teſtament durch einen posthumus, welcher in dem erſten Te-

ſtament bedacht worden iſt, rumpirt wird, l. 12. pr. l. 1. h. Mühlenbruch S. 359. vgl. mit S. 445 h. XXXVII. §. 1425 b. S. 294. Von dem Fall, wenn das zweite Teſtam. wegfällt, weil eine gültige, dem Erben beigefügte Bedingung nicht eintritt, handelt außer dem angef. §. 2., l. 16. D. h., über welche zu vergleichen Mühlenbruch a. a. O. S. 350 ff.

f) l. 2. D. de injust. rupt. irr. test. l. 21. §. 3. C. de test. J. T. Reinharth de test. imperfectum perfectum infirmante. §. 4. 5. Altner diss. l. §. 24 ff. Schott diss. l. cap. VII. Hofacker §. 1348. Bynkershoek obs. II. 2. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1430. S. 364 ff. XLII. §. 1473. §. 3. Die Anſichten über die Natur einer ſolchen Verfügung ſind verſchieden. Die richtigere ſcheint zu ſeyn, daß ſie nur als eine Erklärung des Erblaſſers anzuſehen ſey, ohne Teſtament ſterben zu wollen, Struv. syntagma jur. Ex. XXXII. §. 41. Altner §. 24. Overbeck VIII. Med. 530. Schott diss. l. c. 7. Schweppe §. 870. Andre, welche auf die Worte der const., quasi ultimam voluntatem intestati valere, Gewicht legen, betrachten dieſelbe als codicilli ab intestato. Donell. comm. VI. 16. §. 12. G. L. Böhmer. in praef. ad J. H. Böhmer. ex. ad pand. tom. V. §. 15. Höpfner Comm. §. 463. not. 1. Einige, welchen auch Mühlenbruch a. a. O. beipflichtet, nehmen ſogar hier eine Art testam. privilegiatum an. Die Vertheidiger dieſer beiden letztern Anſichten laſſen daher auch andre Verfügungen des test. imperfect., die Legate, Subſtitutionen, dieſe wenigſtens, wenn cl. codicillaris beigefügt iſt, gelten. Es muß, was Letzteres betrifft, gnügen, auf die Ausführungen bei Mühlenbruch S. 388 ff. zu verweiſen. Daß Legate, die in einer ſolchen letztwilligen Verfügung hinterlaſſen worden ſind, als gültig angeſehen werden, nehmen indeß auch die Vertheidiger der erſten Meinung an, weil nach neuerm Recht Legate überhaupt vor fünf Zeugen hinterlaſſen werden können; vgl. hierüber auch v. Rahmer Entſcheid. des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden II. 14. Eben ſo iſt beſtritten, ob die in der const. vorgeſchriebene Form, die allgemein für Codicille gültige, oder eine beſondere ſey? Für das Letztere ſcheint der Umſtand, daß jusjurandum testium erfordert wird, was Altner, §. 32. bloß von Zeugen, die bei einem test. nuncupativo concurrirt haben, verſtanden wiſſen will, zu ſprechen; vgl. Marezoll in Grolmann u. v. Löhr Magaz. IV. 11. n. 4. dagegen Mühlenbruch S. 395. Die nächſten Inteſtaterben, welche in dem testam. posteriore eingeſetzt ſeyn müſſen, ſind übrigens die, welche ohne Daſeyn eines Teſtaments die Erbſchaft erlangt haben würden. Im Gegenſatz dieſer Inteſtaterben heißt jeder extraneus, alſo auch ein Inteſtaterbe, den aber die Succeſſionsordnung nicht trifft. Ein ſolcher muß in dem frühern Teſtament ein=

geſetzt, jene Inteſtaterben aber und zwar alle, gleichviel, ob namentlich oder nur im Allgemeinen bezeichnet, müſſen in dem ſpätern Teſtament eingeſetzt ſeyn, wenn das letztere effectum rumpendi haben ſoll. Wer als nächſter Inteſtaterbe gelte, das kann freilich nur nach der Zeit der deferirten Erbſchaft beurtheilt werden. Daß hiermit der Nachlaß in einzelnen Fällen an ſolche kommen kann, welche der Teſtirer bei Errichtung des letzten Willens nicht im Sinne hatte, iſt nicht zu leugnen. Eine ſolche Abweichung von dem Willen des Teſtirers iſt aber hier, wo der Wille deſſelben nicht unbedingt, ſondern inſofern, als er auf Einführung der successio ab intest. gerichtet wird, beachtet werden ſoll, von keiner Bedeutung. Zweifelhaft iſt, ob und in wiefern in dem zweiten Teſtament ein in dem erſtern gehörig enterbter Notherbe ausgeſchloſſen werden könne? Die Frage iſt unſtreitig zu verneinen, denn wer einen Inteſtaterben von der Erbſchaft ausgeſchloſſen wiſſen will, der hat nicht die Abſicht, ab intestato zu ſterben. Doch kann hier l. 4. C. de his quibus ut ind. in Anwendung kommen; vgl. §. 729. not. b. Reinharth §. 10. 11. 12. Altner §. 36. Andre, wenn gleich großentheils ſchlecht begründete, Anſichten, u. unter ſolchen die, daß l. 21. §. ult. C. de test. im Zuſammenhang mit der Beſtimmung des §. 1. d. l. zu verſtehen ſey, unter Inteſtaterben bloß Deſcendenten verſtanden werden müßten; ſ. in M. G. Wernher diss. l. §. 71. 83. 120. Daß außer dem in der l. 21. C. angef. Fall und dem test. militis (§. 737.) ein test. imperfectum in keinem Fall ein test. prius perfectum rumpire, ſ. Overbeck VIII. Med. 529.

§. 730.

Inmittelſt bleibt doch in folgenden Fällen auch das erſtere Teſtament bei Kräften *), 1) wenn der Teſtirer das letztere Teſtament in der Abſicht, daß das erſtere gelten ſolle, wiederum vernichtet [a]); 2) wenn der Teſtirer im letztern Teſtamente verordnet, daß das erſtere ebenfalls gelten ſolle; welchenfalls dieſes als ein Fideicommiß betrachtet wird, und der im letztern Teſtamente ernannte Erbe dem erſtern die Erbſchaft nach Abzug des trebellianiſchen Viertheils auszuantworten hat [b]); 3) wenn erſichtlich iſt, daß der Teſtirer zur Errichtung des letztern Teſtaments bloß durch einen Irrthum verleitet worden [c]); welchenfalls der im erſtern Teſtamente eingeſetzte Erbe zwar die Erbſchaft erhält, jedoch die im letztern ausgeſetzten Vermächtniſſe zu entrichten hat [d]). 4) Wenn nach des Teſtirers Tode ſich zwei Te-

ſtamente finden, in deren jedem ein anderer Erbe eingeſetzt iſt, und man nicht weiß, welches das letztere iſt, weil ſie einerlei Datum haben, ſo werden ſie beide aufrecht erhalten *).

*) Mollenbeck de duobus test. simul validis. Giess. 1718. A. L. C. Schmidt de test. priore posteriori derogante. Jen. 1725. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1431. Daß der Teſtirer bei Errichtung des zweiten Teſtaments das erſtere vergeſſen haben konnte, ſteht dem effectus rumpendi nicht entgegen. Philippi obs. 1. ad decis. 44. H. L. E. Schmidt de valore test. a testatore obliti. Jen. 1740.

a) l. 11. §. 2. D. de bon. poss. sec. tabulas. Stryck. de successione ab intestato. IX. 4. §. 31. seq.

b) l. 12. §. 1. D. de injust. rupt. irr. §. 3. I. Quib. mod. test. inf. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 22. n. 10.; vgl. Cramer obs. jur. un. IV. 1138. Es reicht jedoch keinesweges hin, daß der Teſtirer, der ein zweites mündliches Teſtament errichtet, das erſte ſchriftliche unverſehrt aufbewahrt, wie Reinhardt diss. 1. §. 4. gegen A. Faber zeigt; vgl. übrigens Mühlenbruch a. a. O. S. 478.

c) l. 92. D. de hered. instituend. Mühlenbruch a. a. O. S. 476. z. B. wenn der Teſtirer als Urſache anführt, weil der im vorigen Teſtamente ernannte Erbe verſtorben ſey, und gleichwohl derſelbe noch am Leben iſt. Struv. syntagma jur. Ex. XXXII. §. 40. — Auch wenn in dem zweiten Teſtament nur heres ex re certa eingeſetzt worden iſt, wird ausdrückliche Willenserklärung des Teſtirers erfordert, wenn beide Dispoſitionen neben einander beſtehen ſollen, d. §. 3. J. l. 27. D. ad Sct. Treb. Mühlenbruch a. a. O. S. 473.

d) d. l. 92. D.; vgl. Mühlenbruch S. 477.

e) l. 1. §. 6. D. de bon. poss. sec. tabb. Stryck l. 1. §. 36. Mühlenbruch a. a. O. S. 480. Glück XXXIV. §. 1416. Schweppe §. 793. 807. a. E., der jedoch die obige Ausnahme nur dann gelten läßt, wenn erwieſen iſt, daß beide Teſtamente wirklich gleichzeitig errichtet ſind, und ſo gewiſſermaßen ein Teſtament bilden. Andre, wie Stryck l. l. §. 37. J. E. Link. de concursu duarum ult. vol., quarum tempus ignoratur. Arg. 1736., erſtrecken den obigen Satz auch auf den Fall, wenn beiden Teſtamenten oder wenigſtens einem derſelben das Datum fehlt, und daher Zweifel entſteht, welches das frühere und welches das ſpätere ſey; und ſelbſt Mühlenbruch a. a. O. S. 487. pflichtet dieſer Anſicht bei. Manche wollen übrigens in dem Fall, wenn Zweifel entſteht, welches Teſtament das frühere oder ſpätere ſey, den Inhalt deſſelben berückſichtiget und demnach z. B. dasjenige als das gültige angeſehen wiſſen, in welchem die Inteſtaterben oder eine

pia caussa bedacht worden iſt. Link. l. 1. §. 11. 12. — Der Fall, wenn in zwei zu verſchiedener Zeit errichteten Teſtamenten derſelbe Erbe eingeſetzt worden iſt und beide nur in Nebenbeſtimmungen, wie in Anſehung der Legate, von einander abweichen, macht keine Ausnahme von der §. 730. aufgeſtellten Regel; vgl. §. 792. das Urthel bei Puton. VII. n. 334. Böhmer Rechtsf. II. 172. Wenn in einem ſolchen Fall ungewiß iſt, welches der Teſtamente das ſpätere ſey; ſo ſind die §. 793. erwähnten Regeln in Anwendung zu bringen. — Daß übrigens in Sachſen auch nach dem neuen Erbgeſ. in der Regel zwei testamenta nicht neben einander beſtehen können, zeigt Kriegel diss. 1. §. 38. S. 92.

§. 731.

B) Wenn der Teſtirer das Teſtament vernichtet [a]), vorausgeſetzt, daß es wiſſentlich und wohlbedächtig geſchehe [b]). 1) Iſt das ganze Teſtament entweder vom Teſtirer ſelbſt, oder von einem andern auf deſſen Geheiß durchſtrichen, zerriſſen, zerſchnitten ꝛc. worden, ſo wird daſſelbe ganz unkräftig [c]); da hingegen, wenn Jemand ohne Wiſſen und Willen des Teſtirers, oder dieſer ſelbſt, während einer Krankheit, welche ihm den Gebrauch ſeiner Vernunft benahm, das Teſtament vernichtet hat, oder auch ſolches durch Zufall verloren gegangen iſt, ſo bleibt daſſelbe, ſo weit deſſen Inhalt ſonſt erwieſen werden kann, bei Kräften [d]). 2) Iſt nur ein Theil des Teſtaments vom Teſtirer ausgeſtrichen worden, ſo gilt in der Regel nur dasjenige noch, was ſtehen geblieben iſt [e]); was hingegen ausgeſtrichen worden, würde nur alsdann noch von Wirkung ſein, wenn erweislich wäre, daß es vom Teſtirer ohne Vorbedacht geſchehen, oder ein Dritter ohne deſſen Vorwiſſen ſolches gethan hätte [f]).

a) l. 30. C. de testam. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1429 d. S. 261. XXXIX. §. 1434. 1435. Doch iſt ſolches bloß von außergerichtlichen ſchriftlichen Teſtamenten zu verſtehen. Ein test. nuncupativum verliert ſeine Wirkung nicht, wenn gleich der Teſtirer das vom Notarius darüber gefertigte Inſtrument zerriſſen hätte, dafern es nicht erweislich iſt, daß der Teſtirer die Abſicht gehabt habe, ſein Teſtament auf ſolche Weiſe wiederum aufzuheben; vgl. Altner diss. 1. §. 22. Coler. decis. II. 250. Hofacker II. §. 1354. A. M. iſt Struv. syntagm. Ex. XXXII. §. 48. nebſt mehrern daſ. angef. Thibaut Pand. §. 977.

noch enterbt ſind [d]). Doch bleibt das Teſtament alsdann bei Kräften, wenn die Perſon, durch deren Dazwiſchenkunft daſſelbe entkräftet ward, noch bei des Teſtirers Lebzeiten wiederum verſtirbt [e]).

a) §. 1. I. Quib. mod. test. inf. l. 1. et 3. pr. D. de injust. rupt. irr.; vgl. §. 692. not. g. Glück VII. §. 511. S. 300. Mühlenbruch Comm. XXXVI. §. 1421 h. S. 154. 286. 314. 387. 422. 439. XXXVII. §. 1421 i. §. 1425 c. S. 352. XXXIX. §. 1432. Francke Notherbenrecht §. 3. 7. Wir bemerken noch, was 1) die Bedingungen anlangt, unter welchen ein test. ruptum durch agnatio posthumi wird, daß im Allg. ein posthumus suus nach älterm Recht, ein posthumus, der Notherbenrechte hat nach der N. 115., vorausgeſetzt wird. Daher nach neuerm Recht auch das Teſtament der Mutter und Großmutter durch agnatio posthumi rumpirt werden kann; vgl. Kind I. 50. S. 363. Was posthumi veri anlangt, ſo iſt außerdem erforderlich, daß ſie vivo testatore concepti §. 8. I. de her. quae ab int., und, wenn von dem Teſtament des Vaters die Rede iſt, vor Ablauf des 10. Monats von dem Tode des Teſtirers geboren worden ſind, l. 4. 3. §. 11. D. de suis et leg. her. j. l. 4. C. de lib. et posth. Auch werden Deſcendenten aus einer gültigen Ehe vorausgeſetzt, l. 9. §. 3. D. de lib. et posth. Welche Ehe für gültig zu achten ſey, darüber hat das neuere ſächſ. Recht ziemlich laxe Beſtimmungen; vgl. §. 14. des Erbg. Darf man die Brautkinder für Notherben annehmen (§. 695.), ſo werden auch ſie, wenn ſie als posthumi auf die Welt kommen, das väterliche Teſtament rumpiren. 2) Wirkung der ruptio war nach älterm römiſchen Recht unſtreitig gänzliche Ungültigkeit des Teſtaments, wenn der posthumus nicht eingeſetzt oder enterbt worden war; vgl. §. 692. not. g. Mehrere nehmen an, daß in dieſem Punct durch N. 115. nichts geändert worden ſey; Stryck de succ. ab int. IX. 5. §. 11. Leyser. sp. 359. m. 7. Glück VII. §. 554. S. 372. u. a. daſ. Angeführte. Der Grund, daß die Vorſchrift der N. 115. über Anführung einer Enterbungsurſache auf posthumus nicht paſſe, iſt äußerſt ſchwach. Er paßt bloß auf posthumos veros, und auch hier folgt daraus, daß bei ſolchen eine caussa exheredationis nicht denkbar iſt, keineswegs, daß ein nachgeborner Pflichttheilserbe, wenn er übergangen worden iſt, mehr Recht habe, als ein ſolcher, der bei Errichtung des Teſtaments bereits exiſtirte. Am allerwenigſten würde die Anwendung des ältern Rechts ſich rechtfertigen laſſen, wenn die Rede iſt von dem Teſtament der mütterlichen Adſcendenten. Daher nimmt Mühlenbruch XXXVII. S. 353. mit Recht an, daß die Beſtimmungen der Nov. 115. auch für den Fall der agnatio eines übergangenen posthumus anwendbar ſeyen. Ueber den Fall, wenn

der Teſtator, in Bezug auf den posthumus, in Irrthum ſich befunden hat, treten die §. 710. B. angeführten Grundſätze ein; vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 353. Unter den ſächſ. Juriſten war ſchon Carpzov p. III. c. 9. def. 4. der Meinung, daß durch die agnatio posthumi bloß heredis institutio vernichtet werde, doch beſchränkt er dies auf den Fall, wenn der posthumus wiſſentlich übergangen worden iſt. In der neuern Zeit ſcheint man indeß dieſe Anſicht nicht beachtet zu haben; denn das Urtheil des AG. bei Kind I. 50., ſo wie ein Urthel des Schöppenſtuhls zu Leipzig, ingl. des AG. in Joh. Eliſabeth Büttnerin Verlaſſ. v. den Jahren 1812 u. 1813., nehmen theilweiſe Gültigkeit des rumpirten Teſtaments nur auf den Grund der beigefügten clausula codicillaris (wobei aber in dem Urthel bei Kind l. l. noch ein Irrthum von Seiten des Teſtirers vorausgeſetzt wird) an. Das neue Erbg. hat dieſen Punct unberührt gelaſſen; daß nach demſelben teſtamentariſche und Inteſtaterbfolge zugleich eintreten kann, bietet noch keinen ſtringenten Grund zu der Annahme, daß der posthumus, ſo wie ehedem übergangene Enkel und Töchter, den eingeſetzten Erben accreſcire, am allerwenigſten dann, wenn der Teſtirer in errore verſiret hätte. Eher konnte man aus §. 72. des Erbg. ein Argument dafür entnehmen, daß nicht das ganze Teſtament vernichtet werde.

b) §. 1. I. ibid. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 158.; vgl. §. 695. n. 5. a. §. 72. des Erbg.

c) §. 2. I. de hereditate, quae ab intest. defer. Mühlenbruch a. a. O.; ſ. auch oben §. 695. n. 34.

d) §. 2. I. de exheredand. lib.; vgl. Link. consilia altorfina n. 40. Kind I. 50.; vgl. §. 693. not. f. Auch die not. a. angeführten Urthel beziehen ſich auf dieſen Fall. Ein anderer bei Mühlenbruch a. a. O. S. 162. angef. Fall kann bei dem test. militis vorkommen. Wird das Teſtament von Seiten des agnaſcirenden posthumus nicht angefochten, ſo bleibt daſſelbe beſtehen, und ein Dritter erlangt dadurch kein Recht, die Gültigkeit deſſelben zu beſtreiten; J. W. III. 34. Nach ſächſ. Recht kann ein Teſtament auch durch Verheirathung des Teſtirers durch den Eintritt des Ehegatten ruptum werden; aber freilich nur in tantum, nämlich in ſo weit es das Pflichttheilsrecht des Ehegatten verletzt. Erbg. §. 72.

e) l. 12. pr. de injust. rupt. irr. Berger Oec. II. IV. 47. 2.; vgl. §. 692. not. e. Daſſelbe gilt, wenn der posthumus nicht lebensfähig zur Welt kommt, l. 3. C. de lib. et posth. Glück VII. S. 304. Es fragt ſich, ob ein Gleiches in dem Fall von §. 72. des Erbg. anzunehmen ſey, wenn die Ehe vor Ableben des Teſtirers wieder aufgehoben worden iſt? Dieſe Frage ſcheint nach dem Sinn des angegebenen §. nicht anders als bejahet werden zu

können. Etwas anderes würde in dem Fall, wenn eine erfolgte Adoption durch Emancipation wieder aufgehoben wird, gelten; arg. des Erbg. §. 54.

§. 729.

IV. Wenn der Teſtirer ſeine Willensmeinung ändert, und ſolches durch Worte oder Handlungen erklärt (test. ruptum)[a]). Es gehört hierher A) wenn derſelbe nach bereits errichtetem Teſtamente ſpäterhin ein anderes Teſtament macht, dafern nur das letztere ein vollkommen gültiges Teſtament iſt[b]); hingegen kommt darauf nichts an, 1) ob das letztere ein feierliches oder privilegirtes Teſtament iſt[c]), und 2) ob in demſelben des erſtern Teſtaments, und daß dieſes hierdurch widerrufen ſeyn ſolle, Erwähnung geſchehen oder nicht[d]). Auch 3) wenn gleich der im letztern Teſtamente ernannte Erbe die Erbſchaft ausſchlägt, oder vor dem Teſtirer ſtirbt, wird dennoch das erſtere Teſtament hierdurch kraftlos[e]). Aber 4) etwas beſonderes iſt es, daß ein vollkommen gültiges Teſtament auch durch ein ſpäteres unvollkommenes, jedoch aber wenigſtens vor fünf Zeugen errichtetes Teſtament alsdann entkräftet wird, wenn in dem letztern die Inteſtaterben, im erſtern aber andere Perſonen eingeſetzt ſind[f]).

a) Anton Faber err. pragm. dec. 68. B. Bardili de revocat. ultimae voluntatis. Tubing. 1683. J. G. F. Heyd de revocat. ult. vol. Stuttg. 1778. B. M. Hoffmann. de test. revocat. ex juris germani principiis. Altorf. 1758. Vgl. auch Gabke pr. Heisler. diss., an et quatenus test. parent. inter liberos aliud test. anterius rumpat. Halae 1779. cap. I. §. 14—22. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1430. XL. §. 1432. Vorausgeſetzt wird natürlich auch hier Freiheit des Willens; vgl. unten not. a. u. §. 731. Wenn furiosi und mente capti ein gültig errichtetes Teſtament ändern wollen, ſo iſt die Frage, ob auch hier das Daſeyn eines lichten Zwiſchenraums auf die §. 648. erwähnte Weiſe ermittelt werden müſſe? Für die bejahende Beantwortung läßt ſich allerdings l. 35. 100. D. de R. I. anführen, wenn man nicht etwa die Aufhebung eines letzten Willens mehr begünſtigen zu müſſen glaubt, als die Errichtung deſſelben; was jedoch im Allgemeinen nur für den Fall gelten könnte, daß die durch das Teſtament aufgehobene Inteſtaterbfolge wieder hergeſtellt würde. Daß ein pro-

digus ein vor der interdictio bonorum errichtetes Teſtament revociren könne, ſ. Zeitſchr. N. F. I. XVIII. vgl. §. 732. b. not. e. Dagegen ſteht der Aufhebung des letzten Willens die bloße Erklärung des Teſtirers, das errichtete Teſtament nicht ändern zu wollen, keinesweges entgegen, l. 6. §. 2. D. de jure cod. l. 22. D. de leg. 3. (die freilich bloß von Legaten ſprechen), ſelbſt wenn ſie eidlich erfolgt ſeyn ſollte; vgl., was Letzteres betrifft, Berger a. a. O. Kind I. 59. ed. I. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1428. S. 189.; vgl. jedoch Breuning an juram. de non mutando test. omni obligatione careat. L. 1772. Die dem Teſtament ſelbſt beigefügte Erklärung, daſſelbe nicht ändern zu wollen, bildet die ſogenannte clausula derogatoria, über welche zu vergleichen ſind Stryck de caut. test. c. 24. §. 53. Cocceji de claus. testam., in deſſen ex. I. 70. c. 2. Bynkershoek obs. III. 4—7. Gmelin und Elſäſſer gemeinn. Beob. u. Rechtsf. I. 25. Overbeck Med. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 173 ff. Es fragt ſich, ob nicht dieſe clausula wenigſtens in einem beſchränkten Sinne Wirkung habe, inſofern nämlich der Teſtirer erklärt hat, daß nur ein in einer beſtimmten Form ſpäter errichteter letzter Wille Wirkſamkeit habe? Mehrere, wie Leyser. sp. 377. m. 12. Müller. ad L. obs. 587.; denen ſelbſt Mühlenbruch a. a. O. beizupflichten ſcheint, beantworten dieſe Frage bejahend; allein die angef. l. 6. §. 2. D. de jure cod. liefert doch ein erhebliches Argument dagegen; und es iſt in der That kaum abzuſehen, warum nicht in Gemäßheit der Regel nemo sibi legem scribere potest, a qua recedere non possit, auch eine beſchränkte cl. derogatoria als widerrufen durch eine ſpätere Erklärung, namentlich, wenn dieſe in einem neuen Teſtament liegt, angeſehen werden ſolle; vgl. §. 725. not. a. Es bedarf auch in der Regel keinesweges einer ausdrücklichen Revocation der cl. derog. Wernher in der not. c. S. 198. angef. diss. §. 98. Mühlenbruch a. a. O. — Hatte übrigens der Teſtirer dem in ſeinem Teſtament eingeſetzten Erben verſprochen, daß er daſſelbe nicht abändern wolle, u. letzterer dies Verſprechen acceptiret, ſo würde dies die Natur eines Erbvertrags haben, und daher von dem Teſtirer nicht einſeitig widerrufen werden können, vgl. dec. 13. v. J. 1746. u. dazu Bauer §. 8.; desgl. unten §. 732. 1. Leyſer sp. 359. m. 8—10. Müller. ad L. obs. 634. Pufendorf II. 72. Bülow u. Hagemann Erört. VI. 79. Kind I. 1. u. I. 50. ed. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 209. Daß ein ſolches Verſprechen den in dem Teſtament eingeſetzten Legataren in der Regel nicht zu ſtatten komme, ſ. Pufendorf l. l.; vgl. auch Mühlenbruch S. 211. Uebrigens bezweifeln einige Rechtslehrer auch nach heutigem Recht die Gültigkeit eines pactum de non mutando testamento; vgl. Richter consil. II. 419. Wernher p. I. obs. 160.

b) l. 1. pr. §. 5. D. de his, quae in test. del. Leyser. sp. 359. m. 1.

c) l. 1. §. 3. l. pen. pr. D. eod. Wenn hingegen der Teſtirer von mehrern Abſchriften eines Teſtaments eine vernichtet, ſo bleibt daſſelbe bei Kräften, dafern nicht die Abſicht des Teſtirers, ſein Teſtament hierdurch völlig aufzuheben, erwieſen wird, l. 4. D. eod.

d) l. 20. D. de injust. rupt. irr. l. 1. pr. §. 1—3. D. de his, quae in test. del. Brockes obs. for. 522. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1429. S. 264.

e) l. 3. D. de his, quae in test. del. Glück XXXIV. §. 1415. S. 399 ff. Hätte der Teſtirer auch den Namen des Erben ausgeſtrichen, ſo würde doch das Teſtament als ein Codicill zu betrachten ſein, mithin die Vermächtniſſe gelten, d. l. 3. ibid.

f) l. 1. §. 1. seqq. D. eod. J. W. II. 59.

§. 732.

C) Wenn der Teſtirer ſein Teſtament vor ſieben Zeugen widerruft [a]). Wir bemerken hierbei: 1) daß der Widerruf des Teſtaments unſtatthaft ſey, wenn der Teſtirer mit dem eingeſetzten Erben einen Vertrag, ſein Teſtament nicht zu widerrufen, geſchloſſen hat [b]). 2) Wenn der Teſtirer ſein gerichtlich hinterlegtes Teſtament wiederum aus den Gerichten abfordert, und daſſelbe nach ſeinem Tode noch mit dem Gerichtsſiegel verſiegelt in der Verlaſſenſchaft gefunden wird, ſo iſt ſolches für keinen Widerruf zu achten, dafern nicht der Teſtirer ausdrücklich vor Gericht erklärt, daß er das Teſtament in der Abſicht, weil es nicht mehr gültig ſeyn ſolle, wiederum zurückfordere, auch ſolches zu den Akten verzeichnet worden iſt [c]). 3) Wenn Ehegatten in einem wechſelſeitigen Teſtamente (test. reciproco) einander zu Erben einſetzen, ſo ſteht es einem Jeden frei, daſſelbe, ſoweit es die Dispoſition über ſein eignes Vermögen betrifft, bei des andern Lebzeiten ſowohl, als nach deſſen Tode zu widerrufen [d]). Hat hingegen ein Jeder der Ehegatten zugleich auch über das Vermögen des andern disponirt und verordnet, wem daſſelbe nach dem Tode des zuletzt verſterbenden ganz oder zum Theil zufallen ſolle, ſo kann der überlebende Ehegatte, dafern er die Erbſchaft zu

Folge des Teſtaments antritt, hernachmals daſſelbe nicht widerrufen [e]).

a) Arg. §. 7. I. Quib. mod. test. inf. l. 1. §. 6. D. si tab. test. null. unde lib. Carpz. P. III. c. 3. d. 42. Richter. consil. II. 104. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 22. Schott angez. D. de test. post. imperf. in Opuscc. c. 8. Nach l. 27. C. de testam. iſt der Widerruf eines Teſtaments vor drei Zeugen hinreichend, wenn von deſſen Errichtung an 10 Jahre verfloſſen ſind. Daß aber auf den Ablauf dieſes decennii h. z. T. keine Rückſicht zu nehmen ſey, behaupten Finkelthaus Obs. 93. n. 17. und Berger Oec. II. IV. th. 22. Der entgegengeſetzten Meinung ſind Carpzov L. VI. Resp. 17. Philippi ad decis. El. 44. Obs. 2. u. a. m.; vgl. über dieſen ziemlich beſtrittenen Punct des römiſchen Rechts J. A. Hannesen diss. 1. 2. de testamenti accedente decennii lapsu revocat. Götting. 1736. 1737. Haspel de lapsu decennii ad revocat. verbalem test. haud necessario. Erlang. 1758. Bardili diss. 1. §. 17 seq. Zach. Huber. casus enucl. qu. IV. c. 2. Gabke in der §. 729. not. a. angef. diss. c. I. §. 4—13. Heyd. diss. 1. §. 16. seq. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1429., wo not. 33. a. S. 250. auch die übrigen hierher gehörigen Schriftſteller angeführt zu finden ſind. Die Meinung, daß eine revocatio verbalis vor 7 Zeugen das Teſtament ungültig mache, hat von jeher viel Anhänger gefunden; es gehören zu denſelben namentlich auch Püttmann interp. et obs. c. 27. Schott a. a. O. Huber u. a. bei Mühlenbruch S. 292. angeführte. Im Allgemeinen iſt aber dieſe Anſicht gewiß unrichtig. Nur in dem Fall, wenn ein Teſtirer vor denſelben Zeugen, vor welchen er das Teſtament errichtet hat, den Widerruf ausſpricht, ſcheint dieſelbe durch l. 35. 100. D. de R. I. beſtätiget zu werden. Dagegen ſollte, was die Wirkſamkeit eines bloß wörtlichen Widerrufs des Teſtaments anlangt, wohl zwiſchen ſchriftlichen und mündlichen Teſtamenten unterſchieden werden. Vinnius ad §. 7. Inst. h. t. Daß ein bloß mündlich erklärter Widerruf eines ſchriftlichen Teſtaments, welches des Widerrufs ungeachtet in ſeiner urſprünglichen Geſtalt fortbeſteht, unwirkſam ſey, iſt allerdings erklärlich; denn dies Fortbeſtehen macht es zweifelhaft, ob es mit dem Widerruf ernſtlich gemeint, oder nicht ſpäter wieder davon abgegangen ſey, und würde hiermit auf eine leidige quaestio voluntatis führen. Bei bloß mündlichen Teſtamenten fällt dieſer Grund hinweg. Es läßt ſich mit einigem Schein von Wahrſcheinlichkeit kaum behaupten, daß ein Teſtirer, um das errichtete mündliche Teſtament zu ändern, genöthiget ſeyn ſollte, zu der nicht immer möglichen oder leichten Errichtung eines neuen Teſtaments zu verſchreiten. Hier ſcheint demnach ein Fall zu ſeyn, in welchem dem

in dem widerrufenen Teſtamente eingeſetzten Erben, wenn er die hered. petitio anſtellt, mit Recht exc. doli entgegengeſetzt werden kann, l. 1. §. 8. D. si tab. test. null. l. 4. §. 10. D. de doli exc.; vgl. über dieſe Geſetze Mühlenbruch a. a. O. S. 261. 323. der freilich auch zu der hier geäußerten Meinung ſich nicht bekennt. Bei ſchriftlichen Teſtamenten, und auch wohl bei test. nuncupativis in scripturam redactis wirkt bloße verbalis revocatio nicht unbedingt, ſondern nur in ſofern der Verlauf von 10 Jahren hinzutritt, und die revocatio ſelbſt in einer gewiſſen Form erfolgt iſt. Dies iſt der Sinn der l. 27. C. de test., durch welche l. 6. C. Th. de test., derzufolge ein ſchriftliches Teſtament ſchon ungültig werden ſollte, wenn von Zeit der Errichtung deſſelben 10 Jahre verfloſſen waren, aufgehoben ward. Das decennium, von welchem Juſtinian ſpricht, kann nicht anders als von Zeit der erklärten revocatio berechnet werden, darauf weiſen ſchon die Worte hin: et hoc — manifestaverit, decennium fuerit emensum; ohne daß die Worte im Anfang: et post ejus confectionem decennium profluxerit, entgegenſtehen, da in dieſer Stelle von dem Fall die Rede iſt, in welchem keine revocatio Statt gefunden hatte, der Anfangspunct des decennii alſo gar nicht anders als a confectione testamenti berechnet werden konnte. A. M. iſt Mühlenbruch S. 288. So beſtimmt ſcheint alſo die auch von Mühlenbruch a. a. O. (gegen die in dem Pandectenhandb. §. 788. befolgte Meinung) mit mehrern Andern vertheidigte Anſicht, daß Widerruf in Verbindung mit lapsus decennii das Teſtament aufhebe, vollkommen richtig, und nach gem. Recht auch jetzt noch gültig, wenn gleich, was letzteres betrifft, außer den oben Angeführten a. M. ſind Schilter Ex. XXXVIII. §. 74. 75. Cramer Wetzl. Nebenſt. CIV. n. 4. Hoffmann. diss. l. §. 10. Das ſächſiſche Recht enthält keine beſondern Beſtimmungen. Denn der Widerruf, von dem in dec. 44. de anno 1661. die Rede iſt, kann nicht als ein bloß einfacher Widerruf angeſehen werden; und aus dem Mand. v. 30. Oct. 1826. (GS. n. 40.) geht nur ſoviel hervor, daß bloßer Zeitverlauf ein Teſtament nicht ungültig macht. Die dec. 11. v. J. 1746. enthält eine eigne Beſtimmung über den Widerruf eines praesente herede hinterlaſſenen Vermächtniſſes, vermöge deren ein ſolcher Widerruf vor fünf Zeugen erklärt werden muß; vgl. §. 763. not. 2., von einem Zeitverlauf iſt auch hier nicht die Rede. Was man als Grund für die Beſtimmung der dec. 11. anführt, vgl. Bauer Erl. der Deciſ. §. 15., paßt auf den Widerruf jeder bloß mündlich errichteten letzten Willensverordnung, die überdies gewiß nicht leichter behandelt werden darf, als Anordnung eines einzelnen Vermächtniſſes. Daraus ſcheint zu folgen, daß bei einer Widerrufung bloß mündlich errichteter letztwilliger Verfügungen die Gegenwart von fünf Zeugen das Wenigſte iſt, was

man verlangen kann. Andere Anſichten ſ. bei Kind II. qu. 63. S. 245. — Was übrigens die Form der revocatio betrifft, ſo iſt nach l. 27. C. eine Erklärung vor drei Zeugen oder vor Gericht erforderlich; ohne daß jedoch, was die Erklärung vor Zeugen betrifft, beſondere Eigenſchaften der Zeugen, oder für die Handlung ſelbſt eine eigenthümliche Solennität erforderlich wäre. Freilich würden aber bloß gelegentliche Aeußerungen, welche zufällig durch drei Zeugen bewieſen werden können, eben ſo wenig das Teſtament unwirkſam machen, als eine bloße Schrift des Teſtirers, in welcher derſelbe das Teſtament für ungültig erklärt. Verſchieden von der revocatio iſt eine bloße Veränderung des letzten Willens. Dieſe kann in der Regel bloß durch einen andern letzten Willen, und zwar, wenn von Veränderung der Erbeinſetzung die Rede iſt, nur durch ein Teſtament geſchehen, l. 21. §. 1. D. qui test. fac. §. 2. I. de cod. Ausnahme gilt, wenn von einer bloßen declaratio, d. l. 21. oder von Aufhebung von Legaten (§. 793.) die Rede iſt.

b) Arg. Deciſ. 13. v. J. 1746. Leyſer Sp. 359. m. 8. Kind Qu. f. T. I. c. 59.; vgl. §. 729. not. a.

c) Deciſ. 44. v. J. 1661. vgl. Finkelthaus obs. 12. Carpzov p. III. c. 3. def. 27. 30. Moller. semestr. III. 22. Leyſer sp. 359. m. 13. Müller ad L. obs. 635. Overbeck I. Med. 1. Hagemann Erört. VII. 82. Madihn Miscellen n. 21., vorzüglich aber Gottſchalk anal. j. Sax. c. 8. und die daſ. not. m. n. o. angef. Rechtslehrer. Glück XXXIV. §. 1411 a. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1429. S. 301 ff. In einem Fall, in welchem der Teſtirer das Teſtament eröffnet und einen Zettel mit verſchiedenen Zuſätzen zu dem Teſtament eingelegt hatte, ward das Teſtament für ungültig erklärt. J. H. Rivinus de schedula test. adjecta §. 25.; vgl. jedoch l. 27. D. qui test. fac.

d) ſ. §. 675. Carpzov p. III. c. 2. def. 12. Berlich. decis. I. 92. Heigii quaest. I. 23. Stryck. de caut. test. XXIV. §. 21. Berger. Oec. II. 4. 22. 4. Leyser. sp. 359. m. 3. 10. Müller. ad L. obs. 632. 633. 634. Hommel. obs. 166. Zoller. in der ad §. 675. angef. diss. §. 9. u. obs. pract. L. 1780. n. 1. Breuning. an test. conjug. reciproc. superstiti adimet libert. test. fac. Lips. 1766. Müller. de test. conjug. rec. mutab. Gött. 1768. Canngiesser. dec. hass.-cass. dec. 43. 44. v. Haſſe im Rhein. Muſ. 3. Jahrg. S. 268 ff. Glück XXXVI. §. 1419 a. S. 64 ff., beſonders aber Mühlenbruch XXXVIII. §. 1428. S. 214 ff. Ueber einzelne hierher gehörige Fälle, bei welchen die Widerruflichkeit eines test. reciprocum namentlich unter Ehegatten in Frage kommt, vgl. Puton. III. 112. Franzke resolut. II. 11. Cramer W. N. p. 91. n. 1. §. 53 ff. Struben rechtl. Bed. IV. 96. J. H. Böh-

mer. consult. et decis. II. 1. n. 688. G. L. Böhmer Rechtsf. I. 29. Rösler decis. I. 13. Canngießer decis. Hasso-cass. I. 43. 44. II. 207. Pfeiffer decis. n. 91. Biener qu. 40. 41. Pütter Rechtsf. I. 42. Bülow und Hagemann Erört. IV. 29. J. W. IV. 46. v. Hartitzſch n. CCCCVIII. Die in dem §. aufgeſtellte Meinung iſt die gemeine und ohne Zweifel richtigere. Die Vertheidiger der Unwiderruflichkeit ſolcher Dispoſitionen, wohin außer Stryck de test. conjug. reciproc. §. 74. Struv. syntagma jur. Ex. XXXII. §. 43. J. H. Böhmer, Klein Rechtsſpr. I. 12., ingl. Bülow und Hagemann IV. 19. gehören, gehen von der Anſicht aus, daß test. reciproca die Eigenſchaft eines Erbvertrags haben; eine Anſicht, welcher auch in Sachſen der Schöppenſtuhl zu Leipzig und das App.-Ger. beigepflichtet haben; Gottſchalk II. 1. p. 16. Daß durch die dem test. recipr. beigefügte clausula derogatoria die Unwiderruflichkeit aufgehoben und dem Teſtamente die Eigenſchaft eines Erbvertrags beigelegt werde, nehmen an Biener qu. I. Müller. ad L. obs. 634. Böhmer Rechtsf. II. 145. Glück XXXV. S. 67. Mühlenbruch XXXVIII. S. 221. Als Folge des Widerrufs wird aber anerkannt, daß mit dem Widerruf des einen Teſtaments auch das andre, wegen der Natur der Correſpectivität, ſeine Gültigkeit verliere; vgl. Glück S. 67. Mühlenbruch S. 218. Iſt nun einer der Teſtirenden bereits verſtorben und deſſen Teſtament von dem Ueberlebenden anerkannt, die Erbſchaft angetreten, ſo entſteht die Frage, in wiefern der Ueberlebende ſeinen letzten Willen auf eine Weiſe abändern könne, die dem letzten Willen des Vorverſtorbenen widerſpricht? Die Frage iſt nur dann von practiſcher Bedeutung, wenn in dem letzten Willen des Vorverſtorbenen Beſtimmungen zu Gunſten dritter Perſonen enthalten ſind. Dies iſt der Fall, wenn in dem Teſtament des Vorverſtorbenen dem Ueberlebenden ein Dritter als Miterbe oder substitutus beigefügt worden iſt, oder dritten Perſonen Vermächtniſſe beſchieden worden ſind. Die meiſten Rechtslehrer Harpprecht, Leyſer med. 10. Canngießer dec. 43. 44. nehmen an, daß der Ueberlebende nur über das eigne Vermögen frei disponiren könne, hingegen die Dispoſitionen, welche der Vorverſtorbene über ſein Vermögen getroffen hat, reſpectiren müſſe. Gewiß mit Recht für den Fall, wenn die Dispoſition des Vorverſtorbenen nur auf das eigne Vermögen ſich bezogen hat; aber die Frage iſt, ob, wenn die Dispoſitionen des Vorverſtorbenen auch auf das Vermögen des Ueberlebenden ſich beziehen, der Ueberlebende auch ſolche Dispoſitionen anerkennen müſſe? Für dieſen Fall ſcheint die auch von Mühlenbruch vertheidigte Meinung die richtigere, nach welcher eine den Anordnungen des Vorverſtorbenen widerſprechende Dispoſition des Ueberlebenden ebenfalls ungültig iſt. Sie beruhet auf der Anſicht, daß das beiderſeitige Vermögen durch das test. und den dar-

aus erfolgten Erbſchaftsantritt eine Maſſe geworden ſey, welche der Ueberlebende zu dem Nachtheil Dritter nicht trennen könne. Dies gilt namentlich, wenn in dem test. reciproco dem Ueberlebenden für den Fall ſeines Todes ein Dritter ſubſtituirt worden iſt; es gehört aber dahin auch der Fall, wenn dem Ueberlebenden bloß der Nießbrauch auf Lebenszeit unter der Bedingung hinterlaſſen worden iſt, daß nach ſeinem Tode das Vermögen auf den Dritten falle. Dieſer Dritte gilt dann als directer Erbe des zuletzt Verſtorbenen und als fideicommissarie substitutus des Vorverſtorbenen. Doch iſt der Ueberlebende im Zweifel nicht als beſchränkt in Anſehung der Dispoſitionen inter vivos anzuſehen, wenn dergleichen Dispoſitionen nicht etwa in fraudem fideicommissi erfolgen; vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 243. A. M. iſt Glück XXXV. S. 69. 74., u. Haſſe a. a. O., welche von dem Satz ausgehen, daß die Dispoſition des Vorverſtorbenen über das Vermögen des Ueberlebenden gemäß dem Grundſatz: nemo plus est onerandus quam est honoratus, nur inſofern beſtehe, als der Ueberlebende wegen des ihm rückſichtlich ſeines Vermögens aufgelegten onus ein Aequivalent aus der Verlaſſenſchaft des Vorverſtorbenen erhalten habe, und demnach die Dispoſition des Vorverſtorbenen über das Vermögen des Ueberlebenden für ungültig zu achten ſey, inſofern ſie nicht, wegen des Emoluments, welches dem Ueberlebenden aus der Dispoſition des Vorverſtorbenen zu Theil geworden iſt, als Fideicommiß beſteht. Auch Legate, welche von dem gemeinſchaftlichen Vermögen angeordnet worden ſind, können zu dem Nachtheil der Legatare durch ein factum des Ueberlebenden nicht verändert werden. Hommel obs. 166. Daſſelbe gilt von Legaten, welche der Vorverſtorbene als von ſeinem eignen Vermögen hinterlaſſen hat; wogegen die von dem Ueberlebenden, als von ſeinem eignen Vermögen hinterlaſſenen wegfallen, weil der oneratus weggefallen iſt; Biener qu. 41. Mühlenbruch a. a. O. S. 249.; vgl. unten §. 778. 793. Der von Mühlenbruch S. 247. erwähnte Fall, wenn dem Ueberlebenden ein Dritter als Miterbe beigefügt worden iſt, giebt, wenn dieſer Dritte die Erbſchaft ausſchlägt, Veranlaſſung zu der Frage, ob die Dispoſition zu Gunſten des andern Teſtirers fortbeſtehe? welche von Mühlenbruch a. a. O. mit Recht bejahet wird; nur daß das jus accrescendi, welches hier nach gemeinem Recht eintreten würde, nach den mehrmals erwähnten Beſtimmungen des neuern ſächſiſchen Rechts wegfällt.

e) Berger a. a. O. Wernher P. II. obs. 378. Da aber ſolchergeſtalt die Verordnung des Teſtaments als ein Fideicommiß, mithin der überlebende Ehegatte als heres fiduciarius, und der im Teſtament eingeſetzte Erbe, welcher nach jenes erfolgtem Abſterben die Erbſchaft erhalten ſoll, als heres fideicommissarius zu betrachten iſt, ſo ſind des erſtern Erben nach ſeinem Tode das trebel=

ſtianiſche Viertheil abzuziehen berechtigt. Hommel a. a. O. §. 797.

§. 732 b.

Betrachtet man die Folgen, welche entſtehen, wenn die in Vorſtehendem angeführten Mängel einzeln oder vereint [a]) ein Teſtament treffen, und ſieht man hierbei einſtweilen von dem Fall, wenn ein Teſtament auf den Grund verletzter Notherbenrechte ungültig wird, wegen mancher hier zu nehmenden eigenthümlichen Rückſichten, ab [b]), ſo ergiebt ſich, daß nicht bloß Inteſtaterbfolge eintritt [c]) und für alle zur Inteſtaterbfolge Berechtigte in derſelben Reihenfolge und auch ſonſt auf dieſelbe Weiſe wie in andern Fällen der Inteſtatſucceſſion [d]) hereditatis petitio ab intestato, oder qualificata [e]) begründet wird; ſondern auch, daß die Nebenbeſtimmungen des Teſtaments, wie Legate und Fideicommiſſe, wegfallen [f]), ſo daß nur nach neuerm ſächſiſchen Recht in Anſehung des testamentum destitutum eine Ausnahme gilt [g]). Uebrigens bleibt ein Teſtament, welches ungültig entweder vom Anfang geweſen oder in der Folge geworden iſt, ungültig [h]), wenn auch gleich nachher die entgegenſtehenden Mängel beſeitigt worden ſeyn ſollten. Nur einzelne Ausnahmen gelten von dieſer Regel [i]), wohin aber weder der Fall einer Approbation von Seiten des Teſtirers [k]), noch die Agnition eines zur Inteſtaterbfolge berufenen Intereſſenten [l]) zu rechnen iſt, obwohl in manchen Fällen die clausula codicillaris in gewiſſer Beziehung ein Teſtament aufrecht erhalten kann [m]).

a) Es hindert nichts, Ungültigkeit eines Teſtaments aus mehrern Gründen zu behaupten; doch wird gewöhnlich querela inofficiosi als remedium subsidiarium dargeſtellt. Davon unten ein Mehreres.

b) Vgl. §. 961 ff.

c) pr. §. 2. I. quib. mod. test. inf. pr. I. de hered. quae ab int. §. 1. des Erbg.

d) Es gilt alſo, wenn ein zur Klage berechtigter Inteſtaterbe wegfällt, transmissio auf die Erben; und wenn dieſe nicht eintritt, entweder jus accrescendi unter gleichberechtigten, oder ein Nachrücken der entferntern, successio. Ob und in wie weit ein gleichberechtigter

Inteſtaterbe auf die von dem andern bereits erſtrittene Ungültigkeit des Teſtaments ſich beziehen könne, ſ. Cramer Wetzl. Nebenſtunden IV. 2.

e) Vgl. §. 958. Hiervon ſind ſelbſt diejenigen nicht ausgeſchloſſen, welche in dem ungültigen Teſtament gehörig enterbt worden waren, da mit dem Teſtament auch die Enterbung fällt, l. 68. D. de her. inst. l. 20. pr. D. de bon. poss. c. tab. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 420. XXXVII. §. 1421 i. S. 9.; vgl. §. 729. not. a. Kann denn aber auch ein zur Inteſtaterbfolge nicht Berechtigter auf Ungültigkeit des Teſtaments ſich berufen? Z. B. ein Gläubiger des Erblaſſers, welcher gegen den Inteſtaterben klagen will, oder ein Erbſchaftsſchuldner, der von dem Teſtamentserben in Anſpruch genommen wird; vgl. auch den Fall in Elvers juriſt. Zeitung I. 61., wo der Verpachter den teſtamentariſchen Erben eines Pachters nicht anerkennen wollte, weil das Teſtament ungültig ſey. Die Frage wird a. a. O. für alle die Fälle bejahet, in welchen das Teſtament ipso jure, nicht etwa erſt in Folge einer Reſciſſionsklage, wie bei dem test. inofficioso angenommen wird, ſeine Gültigkeit verliert. Der Grund, daß hier auf Seiten des Erben legitimatio ad caussam erfordert werde, welche nur durch ein gültiges Teſtament hergeſtellt werden kann, iſt vollkommen einleuchtend in dem Fall, wenn der Teſtamentserbe gegen den Dritten agendo oder excipiendo auf das Teſtament ſich bezieht. Verwickelter wird die Sache, wenn der Dritte auf das Teſtament ſich bezieht, und entweder deſſen Gültigkeit gegen den eingeſetzten Erben, oder deſſen Ungültigkeit gegen den Inteſtaterben behauptet. Soll er auch hier in einen Streit über das Teſtament ſich einlaſſen, der, wie es ſcheint, nichts Anderes bezweckt, als dem Gegner ein Recht aufzudringen, das dieſer nicht will? Das wohl nicht. Der Widerſpruch des Gegners iſt als eine Erklärung, nicht antreten zu wollen, anzuſehen, und der Kläger muß nun die geeigneten Maaßregeln nehmen, um den zu ermitteln, ad quem hereditas pervenit.

f) Es folgt dies ſchon aus allgemeinen Gründen, l. 178. 181. D. de R. I. l. 29. C. de fideic. j. l. 2. C. comm. de leg. l. 1. §. 1. D. de leg. 3. Für das test. imperfect. vgl. l. 29. pr. D. qu. test. fac.; test. injustum, l. 23. C. de fid. — vgl. auch l. 2. §. 1. D. test. quemadm. ap. Hommel. obs. 643. Nur bei einem Teſtament, das durch deletio oder inductio ungültig geworden iſt, kann, vorausgeſetzt, daß nicht das ganze Teſtament auf dieſe Weiſe vernichtet worden iſt, der Fall eintreten, daß legata gültig bleiben, l. 2. 3. D. de his quae in test. del. Natürlich kann auch der, welcher das Teſtament ſelbſt angefochten und obtinirt hat, das in demſelben ihm beſchiedene Legat nicht erhalten. Eine andre Frage iſt, ob derſelbe nach Annahme des Legats annoch

das Teſtament anfechten, vgl. not. l., oder nach abgewieſener Klage das Legat fordern könne; vgl. §. 794.

g) Vgl. oben §. 727.

h) l. 29. 201. 210. D. de R. I. wegen der Regel: quod semel extinctum sine nova caussa reviviscere nequit, welche für die Verhältniſſe, von denen hier die Rede iſt, anerkannt wird, l. 92. D. de her. inst. l. 11. §. 2. D. de bon. poss. sec. tab. l. 8. pr. l. 19. D. qui test. fac. Mühlenbruch XXXIX. §. 1433. S. 22.

i) Dahin gehören außer dem not. f. erwähnten Fall der deletio und inductio die Fälle, in welchen nach römiſchem Recht eine bonorum possessio secundum tabulas Statt hatte; Fälle, die zum Theil bereits oben §. 727. 728. 730. angeführt worden, theils bei Stryck de succ. ab intest. IX. 4 seq. nachzuleſen ſind. Ueber den Fall, wenn das ertheilte Erbrecht theilweiſe entzogen worden iſt, l. 1. §. 4. D. de his quae in test. del.

k) Vgl. l. 21. §. 2. D. qui test. fac. l. 12. §. 1. D. de injust. rupt. irr. test. Zach. Huber casus enucl. III. 2. IV. 1. §. 6. 9. Horn resp. VII. 14. Ausnahme ſ. §. 727. not. a. Abgeſehen von dieſer Ausnahme iſt approbatio nur inſofern gültig, als ſie ſelbſt die Form eines gültigen Teſtaments hat.

l) Vgl. G. Schweder. de agnitione et approbatione ult. volunt. Tubing. 1706., in deſſen diss. I. 21. Averan. interpr. I. 10. Grupen disc. for. cap. 4. 5. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1427. S. 135. Francke im Arch. f. civ. Pr. XIX. 7. Der Unterſchied, welcher von den genannten Rechtslehrern zwiſchen einem ipso jure ungültigen und einem reſcindirten Teſtamente gemacht wird, kommt hier, wo wir abſehen von einem Teſtament, das wegen verletzter Notherbenrechte ungültig iſt, bei welchem allein von einer rescissio testamenti die Rede ſeyn könnte, nicht in Betracht. Agnition eines letzten Willens von Seiten deſſen, der dadurch benachtheiligt wird, enthält eigentlich nichts, als Verzicht auf das Recht das Teſtament anzufechten, ſie präjudicirt nur dem Verzichtenden und deſſen Erben, nach ſächſ. Recht in dem Fall, wenn die Inteſtaterbfolge Deſcendenten und Seitenverwandten deferirt worden iſt, auch den Deſcendenten des Verzichtenden, Erbg. §. 111. Keineswegs aber auch dem gleichberechtigten Inteſtaterben und eben ſo wenig denjenigen Inteſtaterben, welche nach Wegfall der Vorberechtigten zur Inteſtatſucceſſion berechtiget ſind, da mit dem Wegfall von jenem dieſe vermittelſt der successio an die Stelle treten. Man kann dagegen nicht anführen, daß nach röm. Recht, wenn ein Inteſtaterbe, der suus heres war, abſtinirt, andre Inteſtaterben das Teſtament anzufechten nicht berechtigt ſind; denn der Grund davon liegt darin, daß gemeinrechtlich auch der suus, welcher abſtinirt, Erbe bleibt, mithin Andern außer ihm die Erbſchaft gar nicht de=

ferirt wird. Eben ſo wenig wird durch eine ſolche Agnition in dem Verhältniß der Erbſchaftsgläubiger und Erbſchaftsſchuldner etwas geändert. Die Agnition des letzten Willens von Seiten des benachtheiligten Inteſtaterben kann auch nicht als Ceſſion des zuſtändigen Erbrechts an den eingeſetzten Erben interpretirt werden; vielmehr ſteht einer ſolchen Annahme entgegen, daß es widerſprechend iſt, anzunehmen, es ſolle ein Recht ab intestato zu ſuccediren abgetreten werden und gleichwohl das Teſtament beſtehen. Jeden Falls müßte das Daſeyn einer Ceſſion aus beſtimmten Gründen nachgewieſen werden, und es bliebe dann immer noch quaestio facti, ob die Ceſſion als zu Gunſten des eingeſetzten Erben oder zu Gunſten andrer Inteſtaterben erfolgt ſey. Auch liegt in einer ſolchen Ceſſion die Erklärung der Annahme der Erbſchaft, wenn man nicht etwa behaupten will, daß auch das Recht auf eine noch nicht erworbene Erbſchaft abgetreten werden könne; vgl. §. 643. not. e. Eine Ausnahme von dem bisher Geſagten gilt, wenn die agnitio testamenti in Folge eines Vergleichs zwiſchen dem eingeſetzten Erben und dem zur Inteſtaterbfolge Berechtigten Statt gefunden hat; l. 14. D. de transact., die freilich von verſchiedenen Rechtslehrern verſchieden erklärt worden iſt; vgl. Grupen cap. V. §. 2. Glück V. §. 355. S. 83. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1427. S. 157. G. J. Held ad l. 14. D. de transact. L. 1828. und die daſ. angef. Rechtslehrer. Eigentlich wird in dem Geſetz wohl nichts weiter ausgeſagt, als daß bei einem ſolchen Vergleich die Erbſchaftsgläubiger beide Tranſigenten pro parte hereditatis, quam uterque transactione expressit, belangen können; vgl. Voet. ad tit. D. de transact. n. 22. Held §. 20., und dies hat ſeinen zureichenden Grund darin, daß den Gläubigern nicht zugemuthet werden kann, auf einen Streit darüber einzugehen, wer eigentlich Erbe ſey. Gleichberechtigte Inteſtaterben, welche an dem Vergleiche keinen Theil genommen haben, werden dadurch natürlich nicht benachtheiligt, wohl aber, wie es ſcheint, nachberechtigte Inteſtaterben, da in der transactio des Vorberechtigten offenbar wenigſtens eine theilweiſe Abtretung ſeines Rechts an den eingeſetzten Erben liegt. — Daß übrigens die agnitio des Teſtaments ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend geſchehen könne, und über die Fälle, in welchen letzteres angenommen werde, ſ. l. 95. D. de acqu. vel om. her. Mühlenbruch a. a. O. S. 139. Elvers juriſt. Zeitung Jahrg. 1828. n. 89. — Die agnitio des Teſtaments, die von Seiten des eingeſetzten Erben erfolgt, muß als Erbſchaftsantritt betrachtet werden. Davon und namentlich über die Frage, in wiefern die Agnition eines nichtigen Teſtaments den eingeſetzten Erben andern in dieſem Teſtament Bedachten verbinde, wird weiter unten, §. 909 ff., die Rede ſeyn.

m) ſ. unten §. 818 ff.

Sechſtes Capitel.

Von privilegirten Teſtamenten.

§. 733.

Privilegirte Teſtamente, d. h. ſolche, zu welchen entweder gar keine, oder doch weniger Solennitäten, als bei andern Teſtamenten, erfordert werden[a]), ſind folgende: 1) die Teſtamente der Soldaten, 2) Teſtamente, welche zur Zeit einer anſteckenden Krankheit errichtet werden, 3) die auf dem Lande errichteten Teſtamente, 4) diejenigen, in welchen milde Stiftungen zu Erben eingeſetzt werden, und 5) die Teſtamente der Aeltern unter ihren Kindern[b]).

a) G. A. Struv. de test. privileg. Jen. 1658. S. Stryck. de test. privileg. Hal. 1702. in deſſen caut. test. cap. 13., ingl. die §. 729. not. b. angef. Schrift von M. G. Wernher.

b) Außer den hier angegebenen Fällen ſind immer die geſetzlich vorgeſchriebenen Förmlichkeiten zu beobachten. Namentlich macht der Nothfall keine Ausnahme, wie man wohl wegen l. 83. D. de R. I. zu behaupten verſucht hat; vgl. Weſtphal, ob ein ohne die vorgeſchriebene Form gemachtes Teſtament des vorhanden geweſenen Nothfalls wegen gültig ſey. Halle 1791., in deſſen Abh. II. 7. Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLII. §. 1486. Insbeſondere über test. parturientium M. Brummer. utrum test. partur. inter caetera sequioris sexus privilegia sint vel esse debeant privilegiata. Herausg. von Reichardt. Jena 1745. Ueber test. peregrinantium, Stryck. caut. test. cap. 14. C. Rau de test. peregrinantium. L. 1777. Eine Art privilegirten Teſtaments iſt nach ſächſ. Recht das §. 660. n. 7. erwähnte. Ob es der Gültigkeit eines privilegirten Teſtaments Eintrag thue, wenn der Teſtirer eine ſolenne Errichtung des letzten Willens ſich vorbehalten hat, kommt darauf an, ob der bereits errichtete letzte Wille für test. perfectum gelten könne, oder nicht; vgl. §. 725. not. a. Quiſtorp rechtl. Bemerk. II. 28. Nettelbladt Rechtsf. des Oberappellationsgerichts zu Parchim. IV. n. 69. §. 11. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1430. S. 410. Wernher p. V. obs. 248.

§. 734.

A. Von Teſtamenten der Soldaten.

Wenn Soldaten, welche im Felde ſind, ihren letzten Willen errichten wollen, ſo ſind ſie an die gewöhnlichen

Feierlichkeiten nicht gebunden, ſondern es iſt hinreichend, wenn nur ihre letzte Willenserklärung auf irgend eine Weiſe erwieſen werden kann [a]). Der Grund dieſes Vorrechts iſt ohne Zweifel die nahe Lebensgefahr, welche die Beobachtung der ſonſt erforderlichen Solennitäten öfters unmöglich macht [b]); woraus ſich denn von ſelbſt ergiebt, daß den Soldaten in Friedenszeiten, oder auch, wenn ſie zu Kriegszeiten in den Winterquartieren liegen, dieſes Vorrecht nicht zuſtehen könne [c]).

a) l. 1. l. 40. pr. D. de testam. milit. Notariatsordnung v. J. 1512. Tit. v. Teſtam. §. 2. in Sachſen Ordonn. v. 19. Jul. 1828. II. §. 90. GS. n. 26. J. H. Berger D. de jure militum circa testamenta; in ejus Diss. p. 571—594. Pufendorf T. III. Obs. 187. §. 2. G. A. Struv. de test. mil. Jen. 1661. Stryck. caut. test. c. 9. C. F. Hänel de test. mil. diss. 1. 2. L. 1815. 1816. Mühlenbruch in der Fortſ. v. Glücks Comm. XLII. §. 1474—1478. — In Beziehung auf Teſtamente ſind übrigens Soldaten auch inſofern privilegirt, als ihnen testamenti factio im weitern Umfange zuſteht als den Nichtſoldaten. Es können nämlich 1) filiifamilias über peculium castrense teſtiren, §. 6. I. h. l. 26. §. 1. l. 43. D. h. (vgl. §. 789. n. 4.); ein ſolches Teſtament wird auch nicht irritum, wenn der filiusfam. in die potestas eines Andern gelangt, §. 5. I. l. 22. D. h. Eben dies gilt, wenn ein Soldat, der sui juris war, nach errichtetem Teſtament arrogirt wird, l. 23. h., doch nur in ſoweit, als er de peculio castrensi teſtirt hat, 2) surdi und muti können, ſo lange ſie dienen, ebenfalls teſtiren, §. 2. I. l. 4. D. h. Die l. 10. C. qui test. fac. hat hierin nichts geändert, wie Bachov ad Tr. II. 10. b. litt. f. vermuthet. Eben ſo wenig, wie es ſcheint, W. O. XXIV. §. 7. — 3) Auch der Soldat, qui de statu suo dubitat, kann gültig teſtiren, d. h. ſein Teſtament gilt, wenn ſich ſpäterhin ergiebt, daß ihm testamenti factio zuſtand. Mühlenbruch XLII. §. 1475. S. 39. Ueber Vorſchriften, welche auch Soldaten bei dem Teſtiren zu befolgen haben, derſ. §. 1477. b. l. 16. 29. §. 1. 2. D. l. 11. C. de test. mil. Vorausgeſetzt wird jeden Falls ein test. ratione voluntatis perfectum, §. 1. I. l. 40. D. de test. mil.; vgl. Schmidts Rechtsf. n. 28. Mühlenbruch XLII. §. 1476. S. 61.

b) Mühlenbruch XLII. §. 1474. S. 30. §. 1475. S. 43.

c) §. 3. I. de milit. test. l. 17. C. eod. Carpz. P. III. c. 4. d. 28. J. H. Berger. pr. de test. mil. in sedetis condito vit. 1711. in deſſen Philocalia pag. 191. Pütter Rechtsf. I. 58. Notariatsordn. a. a. O. Ord. §. 90. Anderer Meinung iſt

Madihn Abh.; Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Teſtamentsform zu beobachten nicht nöthig. Frankf. 1789.; vgl. dagegen Hänel diss. 1. §. 13.

§. 735.

Wenn hingegen der Soldat wirklich im Felde (in expeditione)[a]) ſich befindet, ſo hat man I. in Abſicht auf die äußere Teſtamentsform zu unterſcheiden, ob derſelbe in einem Treffen begriffen iſt, oder nicht. 1) Im erſtern Falle bedarf es gar keiner Solennitäten, ſondern eine jede deutliche und ernſthafte Erklärung iſt hinreichend, ſofern ſie nur ſattſam erwieſen werden kann[b]). Dieſes Recht ſteht den Soldaten auch dann zu, wenn ſie im Anmarſch gegen den Feind begriffen ſind, oder gegen eine Feſtung marſchiren, oder in einer Feſtung belagert werden[c]). 2) Im andern Falle hingegen iſt die Zuziehung zweier Zeugen nothwendig, der Soldat mag mündlich oder ſchriftlich teſtiren[d]).

a) Daß der Soldat die Abſicht gehabt hat, jure communi zu teſtiren, hindert nicht, daß ſein ohne die gewöhnlichen Feierlichkeiten errichtetes Teſtaments beſtehe, l. 3. D. l. 3. C. h.; vgl. Wernher diss. 1. §. 84—86. Quiſtorp r. B. II. 28. — Wenn übrigens ein in expeditione ſich befindender Soldat teſtirt, ſo kommt es nicht darauf an, ob er bereits erkrankt oder verwundet iſt, und in dem letztern Fall, ob die Verwundung in dem Treffen erfolgt iſt oder nicht; vgl. Coler. II. decis. 243. Rösler decis. I. 32.

b) Notariatsordn. a. a. O. Mühlenbruch a. a. O. S. 64. vgl. mit §. 1477. S. 98.

c) Berger Oec. II. IV. 5. 3. Stryck caut. test. c. 9. §. 4.; vgl. Rösler decis. I. 11. Thon Rechtsf. Ilmenau 1827. n. 22.

d) Notariatsordn. a. a. O. Carpz. VI. resp. 14. Pufendorf I. obs. 102. Berger diss. 1. §. 6. und in dem §. 734. not. b. angef. pr. Wernher l. 1. §. 64. Uebrigens folgt auch, abgeſehen von l. 18. 22. pr. §. 1. D. de captivis aus pr. §. 3. I. de test. mil., daß Gefangene nicht modo militari teſtiren können.

§. 736.

II. In Abſicht auf die Erbeinſetzung iſt das militäriſche Teſtament in ſo weit privilegirt: 1) daß der Soldat auch ſolche Perſonen, welche ſonſt nicht erbfähig ſind, zu Erben

einſetzen kann[a]); 2) daß, wenn er nur über einen Theil ſeines Vermögens teſtirt, in Anſehung des übrigen die Inteſtaterbfolge Statt findet[b]); 3) daß er ſeine Kinder, Aeltern, Geſchwiſter ganz übergehen, oder ohne Anführung einer Urſache enterben kann[c]); 4) daß, wenn ihm nach Errichtung des Teſtaments noch ein Kind nachgeboren wird, das Teſtament dennoch bei Kräften bleibt[d]), ausgenommen, wenn der Soldat zu der Zeit, da er das Teſtament errichtete, von der Schwangerſchaft ſeines Weibes keine Wiſſenſchaft hatte[e]).

a) l. 5. C. de test. mil. l. 13. §. 2. D. eod.; vgl. jedoch l. 41. §. 2. D. h. E. Merill. obs. VIII. 34., über deren heutige Anwendbarkeit zu vergleichen ein Progr. von Eiſenhart in deſſen Opusc. S. 201., l. 44. D. de his quae ut ind. Mühlenbruch a. a. O. §. 1477.

b) §. 5. I. de hered. instituend. l. 6. l. 19. pr. l. 41. pr. D. l. 3. C. de test. mil. Wenn in einem ſolchen Teſtamente mehrere Erben eingeſetzt ſind, und einer die Erbſchaft nicht antritt, ſo findet aus gleichem Grunde auch das Zuwachsrecht nicht Statt, dafern nicht der Teſtirer ſolches ausdrücklich verordnet hat, l. 36. D. eod. Carpzov. p. III. c. 2. def. 5. Struv. Ex. XXXIV. th. 7. Mühlenbruch a. a. O. S. 82 ff. Ueber Beifügung von Zeitbeſtimmungen derſelbe §. 1477. S. 98. ff.

c) §. 6. I. de exheredat. lib. l. 9. l. 10. C. de test. mil. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 5. n. 5. Mühlenbruch a. a. O. S. 77. Die Anwendbarkeit dieſer Beſtimmung nach heut. Recht bezweifelt Schilter. Ex. XXXVIII. th. 113. In Sachſen wird aber das röm. Recht ausdrücklich anerkannt, N. Ordonn. §. 90.

d) l. 7. l. 8. l. 29. §. ult. D. de test. mil.

e) d. l. 7. l. 36. §. 1. D. l. 9. 10. C. eod. Daſſelbe gilt in dem oben no. 3. angef. Fall; vgl. Glück XXXV. §. 1421 a. S. 196. 203. 218.

§. 737.

Beſonders zeichnen ſich die Befreiungen des militäriſchen Teſtaments auch in Abſicht auf die Nacherbeneinſetzung aus; denn 1) nicht nur kann der Soldat ſeinen Kindern, auch wenn er ſich kein Teſtament gemacht hat, pupillariter ſubſtituiren[b]), ſondern 2) es ſteht ihm auch frei, denſelben über die Jahre der Mündigkeit hinaus zu ſubſtituiren; welchenfalls jedoch der Subſtitut nur das vom

Teſtirer herrührende Vermögen, keineswegeſ aber des Kindes eigneſ Vermögen erhält [c]).

a) J. G. Bauer de substitutione militari. L. 1728. in opusc. I. 5. Mühlenbruch XLII. §. 1477. S. 107. ff.

b) l. 15. §. pen. l. 41. §. fin. D. de test. mil.

c) l. 10. §. 5. l. 15. D. de vulg. et pup. subst. l. 4. D. h. Daß auch einem extraneus auf dieſe Weiſe im test. militari ſubſtituiret werden könne, ſ. l. 41. pr. D. l. 6. C. de test. mil. Carpzov. p. III. c. 8. def. 20. Richter. dec. I. 47. Bauer. l. 1. §. 6. 8. Beſtritten iſt nur, ob eine ſolche substitutio als directa oder als fideicommissaria gelte. Das Letztere vertheidigt Bauer l. 1. §. 13 ff. Wäre dies ſo, ſo würde das privilegium militis nach röm. Recht nur darin ſich äußern, daß es zur Gültigkeit einer ſolchen Diſpoſition der cl. codicillaris nicht bedürfte. Wenn übrigens Bauer l. 1. §. 6. als ein privilegium der substitutio a milite facta anführt, daß die subst. mil. in unum casum facta auch die in alterum casum facta in ſich begreife, ſo bezweifelt dies Schweppe §. 811. wegen l. 8. C. de imp. et al. subst.

§. 738.

Die mit dergleichen Teſtamenten verbundenen Befreiungen werden aber nicht nur den eigentlichen Soldaten, ſondern auch andern Perſonen zu Theil, welche mit denſelben zugleich im Felde, und in gleicher Gefahr ſich befinden, wohin z. B. Feldprediger, Auditeurs, Feldſcheerer, Feldbäcker ꝛc. gehören [a]). Doch 1) kommt ihnen dieſes Privilegium bloß in dem Falle zu, wenn ſie ſich in naher Lebensgefahr, nicht aber, wenn ſie ſich nur im Felde befinden [b]), und 2) das auf ſolche Weiſe errichtete Teſtament iſt nur dann von Wirkung, wenn der Teſtirer in dieſer Gefahr wirklich umgekommen iſt [c]). Hingegen bleibt das von einem wirklichen Soldaten errichtete militäriſche Teſtament nicht nur, ſo lange er in dieſem Stande verbleibt, bei Kräften, ſondern auch, wenn er einen ehrenvollen Abſchied erhält, gilt daſſelbe noch ein Jahr lang; wird er aber eines Verbrechens wegen verabſchiedet, ſo verliert das Teſtament ſogleich ſeine Gültigkeit [d]).

a) l. 44. D. de test. mil. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 5. n. 2. Chriſt. Rau D. de discrimine inter test. militare et test. pagani in hostico conditum. Lips. 1783. Hänel diss. II. Müh-

lenbruch XLII. §. 1475. S. 48. Am meiſten beſtritten iſt, ob auch Ehefrauen der Soldaten und Marketender das privileg. militare haben? Hänel §. 2. J. Fr. Kraus utrum privileg. test. milit. uxoribus eor. sit commune. Viteb. 1773. Nach der Ordonn. §. 90. nehmen an den Privilegien des militäriſchen Teſtaments nur ſolche Militärperſonen Theil, welche der Militärgerichtsbarkeit unterworfen ſind; womit alſo Perſonen der vorerwähnten Art völlig ausgeſchloſſen zu ſeyn ſcheinen; vgl. Haubold Handb. §. 490. b. In Feldzügen ſtehen aber auch ſolche Perſonen unter der Militairgerichtsbarkeit; Geſ. sub C. v. 28. Januar 1835. §. 47.

b) Harppreсht D. 1. 2. de test. pagani in hostico condito, diss. I. II. in deſſen diss. vol. I. n. 48. 49. F. A. Hommel. de differentia exigua inter test. mil. et test. pagani in hostico cond. L. 1728.

c) l. un. D. de bon. poss. ex test. mil.

d) §. 3. I. l. 21. l. 38. D. de test. mil. H. F. O. König test. quam diu valeat test. mil. Hal. 1780. Berger diss. l. §. 22. Mühlenbruch a. a. O. §. 1478.

§. 739.

Uebrigens bemerken wir noch: 1) Wenn der Soldat im Felde zwei Teſtamente gemacht hat, ſo wird das erſte keineswegeѕ durch das letztre unkräftig, außer, wenn beide mit einander im Widerſpruche ſtehen [a]). 2) Der Abzug des falcidiſchen und trebellianiſchen Viertheils findet aus einem militäriſchen Teſtamente der Regel nach nicht Statt [b]); 3) hat der Soldat vorher (in Friedenszeiten oder in den Winterquartieren) ein Teſtament gemacht, welches ungültig iſt, ſo wird daſſelbe gültig, wenn der Soldat hernach im Felde daſſelbe nochmals für ſeinen letzten Willen erklärt [c]). 4) Wenn der Soldat noch in der väterlichen Gewalt ſteht, ſo kann er, jedoch bloß über ſein peculium militare nicht aber über ſein übriges Vermögen, teſtiren [d]).

a) l. 19. l. 25. D. de test. mil. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1431. S. 470. XLII. §. 1477. S. 94.

b) l. 17. §. 4. eod. l. 92. D. ad leg. Falcid.; vgl. §. 788. 804. Mühlenbruch a. a. O. §. 1477. S. 113. ff.

c) §. 4. I. de test. mil. l. 9. §. 1. l. 15. §. 1. D. ib. Nach l. 15. §. 2. D. ib. ſcheint ein ſolches Teſtament ſogar gültig zu bleiben auch ohne ausdrückliche Willenserklärung, wenn nur nicht contraria voluntas nachgewieſen werden kann; vgl. Berger diss. l. §. 20. 21. Auf

der andern Seite kann aber auch der Soldat ein früheres Teſtament nuda voluntate revociren; l. 15. §. 1. l. 24. §. 2. D. de test. mil. Wernher diss. l. §. 28. 29. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1429. S. 298. XLII. §. 1477. S. 117. Auch der veteranus hat während des Jahres ab impetrata missione dieſes Befugniß, wiewohl mit gewiſſen Beſchränkungen, nämlich unbedingt, wenn das frühere Teſtament jure militari conditum war; außerdem werden durch den bloßen Widerruf nur Legate und Fideicommiſſe für widerrufen geachtet, l. 24. §. 2. l. 36. §. 3. D. h. Mühlenbruch a. a. O. u. S. 330. —

d) Arg. l. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. Doch wird das test. auch auf das ſonſtige Vermögen ausgedehnt, wenn der filiusfam. nachher als sui juris ſtirbt, l. 11. §. 1. 2. l. 12. 13. D. h. v. Löhr im Arch. VIII. 15. §. 1. Glück XXXIV. §. 1407 a. S. 97. Mühlenbruch XXXV. §. 1421 a. S. 194.

§. 740.

B. Von den zur Peſtzeit errichteten Teſtamenten.

Wenn Jemand, während eine Peſt, oder eine andere anſteckende Krankheit graſſirt, ein außergerichtliches Teſtament aufrichten will [a]), ſo kann ſolches vor drei, oder auch zwei Zeugen gültiger Weiſe geſchehen [b]). Doch wird hierbei vorausgeſetzt: 1) daß der Teſtirer ſelbſt an dieſer Krankheit darnieder liege, oder doch deſſen Wohnung bereits angeſteckt ſey [c]); 3) daß die Zeugen völlig glaubwürdige Perſonen ſind [d]), auch hierzu beſonders erbeten worden, und den Teſtirer ſehen und hören können [e]); 3) daß das Teſtament eine ordentliche Erbeinſetzung enthalte, widrigenfalls daſſelbe ungültig iſt, jedoch aber die darin ausgeſetzten Vermächtniſſe bei Kräften bleiben [f]).

a) l. 8. C. de testam. Stryck de caut. test. cap. 11. §. 3. J. Gothofredus de test. temp. pest. cond., in deſſen opusc. ed. Trotz. p. 627. Leyſer sp. 368. G. Sturm de test. temp. p. cond. Viteb. 1733. Koch's civ. Erört. n. 3. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IV. 4. §. 5. Mühlenbruch XLII. §. 1485.

b) Conſt. 4. Th. III. u. dazu Carpz. Finkelthaus obs. 14. Das iſt nun freilich wohl nicht die Erleichterung, von welcher in der d. l. 8. C. die Rede iſt; über die verſchiedenen Meinungen Mühlenbruch a. a. O. S. 263 ff.

c) angez. Conſt. Carpzov ad h. const. def. 5. Rösler dec.

I. 24. A. M. ſind Berlich. concl. p. III. c. 5. n. 23. Moller ad de const. n. 2.

d) Ebendaſ. Berger Oec. II. IV. 7. 1. Auch Weibsperſonen können in dieſem Falle Teſtamentszeugen ſeyn. Carpz. P. III. c. 4. d. 6.

e) Berger a. a. O.

f) Deciſ. 46. v. J. 1661.

§. 741.

C. Von den auf dem Lande errichteten Teſtamenten.

Wenn Bauern, oder auch andere Perſonen, welche ihre weſentliche Wohnung auf dem Lande haben [a]), ein außergerichtliches Teſtament [b]) machen wollen, ſo iſt es hinreichend, wenn nur wenigſtens fünf Zeugen dabei gegenwärtig ſind [c]). Doch bemerke man, daß die Errichtung eines Teſtaments bloß vor fünf Zeugen nur dann zuläſſig iſt, 1) wenn nicht mehr Zeugen zu erlangen ſind [d]); 2) wenn Bauern auf dem Lande, nicht aber, wenn ſie in der Stadt teſtiren. Uebrigens kann in einem ſolchen Teſtamente auch ein Zeuge für den andern unterſchreiben [e]), und wenn ſie ſämmtlich nicht ſchreiben können, ſo iſt das Teſtament auch ohne alle Unterſchrift gültig, nur muß ihnen der Teſtirer ſolchenfalls deſſen Inhalt bekannt machen [f]).

a) Berger Oec. II. IV. 8. 1. Stryck caut. test. c. 13. u. diss. de test. rusticorum Frcf. 1674. Fr. Philippi de test. hom. ruralium L. 1690. Marezoll im Arch. f. civ. Pr. IX. 15. Ueber das test. ruri conditum, wie es in Thüringen vorzukommen pflegt, Emminghauß ebendaſ. XIX. 9. Fritz in Linde's Zeitſchr. V. 2. Mühlenbruch XLII. §. 1484.; und namentlich über die Frage, wer die Perſonen ſind, in Anſehung deren rusticitati consultum est. S. 257.

b) Von gerichtlichen Teſtamenten, welche auf dem Lande errichtet werden, ſ. oben §. 654. flg.

c) l. ult. C. de testam. Notariatsordn. Tit. v. Teſtamenten, §. 2. dazu Fritz a. a. O.

d) Arg. Notariatsordn. a. a. O. Rösler decis. I. n. 3. Doch braucht der eingeſetzte Erbe ſolches nicht zu erweiſen, ſondern es wird präſumirt, bis derjenige, welcher das Teſtament deshalb anficht, das Gegentheil erweiſt. Stryck a. a. O. c. 13. §. 9. Berger a. a. O. not. 2. Anderer Meinung iſt Hommel Obs.

352.; vgl. auch Wernher En. p. II. obs. 348. Mühlenbruch a. a. O. S. 260. Uebrigens müſſen die Zeugen männlichen Geſchlechts ſeyn. Rösler decis. I. n. 2.

e) l. ult. C. de testam. Wernher P. IV. obs. 121. Berger a. a. O.

f) d. l. ult. C. de testam. Auch ſollen nach dem Geſetz die des Schreibens unkundigen Zeugen nach dem Tode des Teſtirers über deſſen Angabe eidliches Zeugniß erſtatten. Rösler dec. I. n. 15. Die erwähnten Beſtimmungen des röm. Rechts gelten eigentlich zunächſt nur von ſchriftlichen Teſtamenten; vgl. Marezoll a. a. O. S. 310. Dagegen unterſcheidet die Notariatsordn. nicht zwiſchen mündlichen und ſchriftlichen Teſtamenten; vgl. Fritz §. 26., wie ſie denn auch keine beſondern Beſtimmungen über Unterſchrift der Zeugen enthält; vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 282. Hiernach nimmt Fritz a. a. O. §. 5. an, daß das, was in d. l. ult. C. über Unterſchrift der Zeugen geſagt worden iſt, h. z. T. nicht mehr anwendbar ſey.

§. 742.

D. Von Teſtamenten zu milden Stiftungen.

Ein Teſtament, worin eine milde Stiftung eingeſetzt iſt [a]), bedarf gar keiner Solennitäten, ſondern es iſt zu deſſen Gültigkeit ſchon hinreichend, wenn man einen vom Erblaſſer ſelbſt geſchriebenen oder unterſchriebenen Aufſatz, worin eine ſolche Dispoſition enthalten iſt, in deſſen Nachlaſſe findet [b]). Nur, wenn ein ſolches Teſtament mündlich errichtet wird, iſt des Beweiſes halber die Zuziehung zweier Zeugen nothwendig [c]). Von Vermächtniſſen zu milden Sachen ſ. §. 752.

a) c. 11. 12. X. de testam. Stryck caut. test. c. 12. Böhmer I. eccl. Pr. L. III. tit. 26. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 9. Tenzel de disposit. ultimar. volunt. ad pias caussas. Erff. 1709. G. A. Jenichen D. conjecturae de origine testam. ad pias caussas. Lips. 1732. G. L. Jöcher de test. ad p. c. sine test. valido, ad cap. 11. X. de test. L. 1732. Mühlenbruch XLII. §. 1479.

b) Böhmer a. a. O. §. 19.

c) Berger a. a. O. not. 3.; vgl. Jöcher diss. l. §. 9. Tenzel §. 7. Pfeiffer pract. Ausführ. II. 10. Das test. ad piam caussam hat nur, in Anſehung der äußern Formalitäten, vor andern letztwilligen Verfügungen etwas voraus; Schmidt Abh. I. 45.; vgl. J. H. Böhmer. de privilegiis legator. pior. veris et spu-

riis. Hal. 1716. in Ex. ad Pand. V. 80. Namentlich ſetzt es, um zu gelten, voraus, 1) test. factio von Seiten des Teſtirers; Tenzel §. 3., 2) voluntas perfecta; vgl. Th. Wagner de test. ad p. c. ob voluntatem imperfectam nullo. L. 1733. Eine voluntas imperfecta, welche die dispositio ad p. caussam ſelbſt betrifft, ſteht der Gültigkeit einer ſolchen Dispoſition gewiß entgegen; vgl. den Fall bei Wagner §. 16. ff. Mühlenbruch a. a. O. S. 136. Beſtrittener iſt, ob die dispositio ad p. c. gelte, wenn ſie ſelbſt vollſtändig erſcheint und nur das Teſtament im Ganzen unvollſtändig iſt. Auch hier nimmt Wagner §. 14. mit mehrern Andern Ungültigkeit der Dispoſition an; vgl. Böhmer l. l. I. §. 13. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1430. S. 410. Eben ſo iſt natürlich Freiheit des Willens erforderlich, daher importunae sollicitationes auch eine dispos. ad piam c. ungültig machen. Sorber. obs. forenses. Jen. 1750. n. 2. p. 15. — 3) Beachtung der Notherbenrechte; Tenzel §. 6. Daß das test. ad pias caussas beſtehe, hilft jedoch dem neben der pia caussa eingeſetzten Miterben nichts, ſo daß in Beziehung auf den letztern beſchiedenen Erbtheil, ſchon nach gem. Recht, Inteſtaterbfolge eintritt. Wernher diss. I. §. 136. 137. Was für pia caussa zu achten ſey, ſ. Böhmer §. 1—7. Ob Stiftungen für jüdiſche Glaubensgenoſſen dahin zu rechnen ſeyen, ſ. Zanger Beitr. z. D. Recht. I. S. 126., abgedruckt in dem juriſt. Journal, Ronneb. u. Leipz. 1798. 1. Th. S. 403. Kritz Samml. von Rechtsf. u. Entſch., derſ. I. n. 5. V. 4. Kupfer. de eo quod just. est circa tacitam p. c. hypoth. L. 1813. §. 1—7., auch oben §. 429. Generale v. 1746. C. A. C. I. 1. 362. u. dazu Kritz a. a. O. §. 4. Eine Dispoſition, durch welche einzelnen Geiſtlichen oder Armen etwas hinterlaſſen worden iſt, gilt in der Regel nicht als disp. ad p. caussam, Carpzov p. III. c. 4. def. 34. Stryck l. l. §. 12. Tenzel §. 5. Uebrigens wird bei einer dispositio ad p. caussam zunächſt diejenige verſtanden, welche an dem Wohnort des Teſtirers fundirt iſt. Carpzov dec. 150. Cramer obs. jur. un. II. 736. III. 939.

§. 743.

E. Von Teſtamenten der Aeltern unter ihren Kindern.

Wenn Aeltern ein Teſtament errichten, und darin bloß ſolche Verfügungen treffen, welche ihre Kinder oder Enkel angehen, ſo iſt die Beobachtung der ſonſt vorgeſchriebenen Feierlichkeiten ebenfalls von keiner Nothwendigkeit, ſondern es iſt hinreichend, wenn nur der Inhalt des Teſtaments erwieſen werden kann[a]). Dafern alſo die Aeltern oder Großältern unter ihren Kindern oder Enkeln[b]) I. mündlich

teſtiren, ſo iſt, nicht der Feierlichkeit, ſondern nur des Beweiſes halber, bloß die Zuziehung zweier Zeugen nothwendig[c]). Wenn ſie II. ſchriftlich teſtiren, ſo ſind gar keine Zeugen erforderlich[d]), ſondern es iſt, nur um der Gewißheit willen[dd]), Folgendes zu beobachten: 1) die Aeltern müſſen entweder das Teſtament eigenhändig niederſchreiben (welchenfalls es ihrer Unterſchrift nicht bedarf), oder wenn es durch einen Andern geſchrieben worden, unterſchreiben[e]); 2) ſie müſſen die Kinder mit Namen anführen, auch den Erbtheil eines jeden, nicht mit Zahlen, ſondern mit Buchſtaben ausſchreiben[f]); endlich 3) muß auch Jahr und Tag beigefügt werden[g]). Ein auf ſolche Weiſe in Schriften errichtetes Teſtament hat die Eigenthümlichkeit, daß, wenn es bei dem Ableben des Teſtirers noch unverſehrt ſich vorfindet, dagegen der Beweis einer erfolgten Willensänderung nicht beachtet wird[h]), obwohl daſſelbe durch ein ſpäteres gültiges Teſtament allerdings aufgehoben werden kann[i]).

a) l. 16. 26. C. fam. erc. l. 21. C. de testam. Nov. 107. c. 1. Auth. ad l. ult. C. fam. erc. Notariatsordn. von Teſt. §. 2. Das ſächſ. Recht enthält über das test. par. inter lib. keine eignen Beſtimmungen H. Piſtor I. qu. 1. 2.; vgl. Stryck de jure testandi inter liberos. Frcf. 1783. in deſſen diss. Vol. II. n. 19., deſſen caut. testam. cap. 10. Anton. Faber. errores pragm. XXXV. 3. XXXVI. Leyser. de testam. parentum inter liberos; in Meditt. Sp. 367. Müller. ad L. 565—69. König D. de parent. int. lib. disponentibus. Marb. 1744. Unter einer großen Anzahl andrer Schriften über test. par. inter liberos verdienen als die vorzüglichſten noch angeführt zu werden v. Bülow Abh. I. 6. Niethammer praecepta juris rom. de test. et divisione parent. inter liberos. Monac. 1820., welche Schrift ich freilich bloß aus Recenſionen kenne; M. J. Euler. de test. et divisione par. inter liberos. Berol. 1820. Fritz Verſ. einer hiſtoriſch. dogmatiſchen Entwickelung der Lehre von dem Teſt. der Aeltern unter ihren Kindern. Gießen 1822. C. G. Müller. de test. par. int. lib. L. 1826. Mühlenbruch in der Fortſ. v. Glücks Comm. XLII. §. 1480—1482. Eine diss. von Schröder de test. par. int. lib. Jen. 1819. habe ich ebenfalls nicht einſehen können. Es giebt drei verſchiedene Hauptanſichten der Rechtslehrer über das Teſtament par. inter liberos des römiſchen Rechts. 1) Nach einigen iſt eine letztwillige Diſpoſition der Aeltern unter den Kindern kein eigentliches Teſtament, ſondern ſie gilt als ein ab intestato hinter-

laſſenes Codicill; dies iſt die von Faber und in neuerer Zeit von Fritz vertheidigte Anſicht; vgl. dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 203 ff. 2) Andere, zu denen die meiſten ältern Practiker, ſowie der verewigte Verf. gehören, halten daſſelbe für ein privilegirtes Teſtament, bei welchem im Ganzen nur die quaestio de voluntate zu berückſichtigen iſt. 3) Die neuern, und unter dieſen Euler, betrachten mit Recht das test. par. inter lib. als ein förmliches Teſtament, welchem jedoch eine von der gewöhnlichen abweichende beſtimmte Form vorgeſchrieben worden iſt. Auch über den Geſichtspunct, von welchem aus das test. p. i. l. nach der Notariatsordnung zu betrachten ſey, herrſchen verſchiedene Anſichten; vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 219. Die Meiſten nehmen an, daß durch die Notariatsordnung in der Hauptſache keine Aenderung des römiſchen Rechts, nur etwa die Möglichkeit eines test. nuncupativum ausgenommen, ausgeſprochen worden ſey; während nach Fritz das test. p. i. l. als privilegiatum, zu welchem bloß zwei Zeugen erfordert werden, durch die Notariatsordnung eingeführt worden ſeyn ſoll. Dieſe verſchiedenen Anſichten führen auch auf verſchiedene practiſche Folgen. Daß die, welche die Beſtimmungen der N. 107. von einem wirklichen Teſtamente verſtehen, auch eine successio a testato auf Seiten der Kinder annehmen müſſen, während nach den Diſſentirenden successio ab intestato Statt findet, leuchtet ein. Diejenigen, welche test. p. i. l. für ein privileg. anſehen, nehmen an, daß daſſelbe die cl. codicillaris ſtillſchweigend enthalte; vgl. Piſtor qu. 2. n. 16. Stryck de caut. test. c. 10. §. 11. Berger Oec. II. 4. th. 6. not. 8. Euler §. 73., vornehmlich aber, daß in Fällen, in welchen bei Errichtung eines ſolchen Teſtaments Zeugen zugezogen werden, dieſe keine Solennitäts-, ſondern des Beweiſes wegen zugezogene Zeugen ſeyen; was natürlich die, welche das test. p. i. l. für ein förmliches Teſtament nehmen, nicht zugeſtehen. Soviel iſt indeß gewiß, daß die für das test. p. i. l. vorgeſchriebene Form, gegen die gewöhnliche Form der Privatteſtamente gehalten, eine minder ſtrenge iſt, welche wegen des anerkannten Befugniſſes der Aeltern, ihren Nachlaß unter ihre jure intestati ſuccedirenden Kinder, willkührlich, jedoch mit Beobachtung der Notherbenrechte, vertheilen zu können, hier für ausreichend genommen ward. Pflichtet man endlich der Anſicht bei, daß die Notariatsordnung eine neue Art des test. privileg. eingeführt habe, wozu freilich die Worte der Notariatsordnung kein hinreichendes Anhalten gewähren, ſo iſt die nächſte Folge die, daß Aeltern unter ihren Kindern entweder nach der N. 107. oder nach der Notariatsordnung, im letztern Fall aber ganz auf die ſonſt gewöhnliche Weiſe mit dem Recht zu enterben, extraneos zu bedenken ꝛc. teſtiren können. — Wenn übrigens in dem §. überhaupt von Verfügungen, welche Kinder oder Enkel angehen, nicht gerade

von Erbeinſetzung die Rede iſt, ſo ſcheint hiermit die auch von Carpzov P. III. c. 4. def. 22. Wernher P. V. Coll. 236. Hommel obs. 354. gewonnene Anſicht vertheidigt zu werden, daß die Beſtimmung der N. 107. auch auf codicillariſche Verfügungen der Aeltern unter den Kindern anwendbar ſey; was zwar mit der Anſicht derer, welche die ganze älterliche Verfügung nur als codicillariſch anſehen, auch wohl mit der Meinung derer, welche hier ein test. privil. annehmen, ſtimmt, ſonſt aber manche Bedenklichkeiten gegen ſich hat; vgl. J. L. Schmidt Abh. II. 100., der indeß in den Rechtsſprüchen n. 27. zu der entgegengeſetzten Anſicht ſich hinzuneigen ſcheint. Noch weniger Beachtung dürfte die von einigen ältern Rechtslehrern aufgeſtellte Meinung verdienen, daß in dem test. par. int. lib. die cl. codicillaris ſtillſchweigend enthalten ſey, Stryck diss. l. IV. n. 52. seq. caut. test. §. 11. Euler §. 73.

b) Daß die Mutter unter ihren Kindern, ohne Unterſchied, ob dieſe legitime oder illegitime ſind; der Vater aber unter ſeinen legitimen Kindern ein Teſtament der hier in Frage ſtehenden Art errichten könne, mag als ausgemacht angenommen werden, Stryck l. l. §. 5. Overbeck Med. IV. 196. Glück und Geiger Rechtsf. I. 3. Gmelin, ob den Aeltern das Recht, ein privileg. Teſt. zu machen, auch in Hinſicht ihrer unehelichen Kinder zuſtehe? Tübingen 1807. Euler §. 30 ff. Indeß iſt gleichwohl, was das Recht des Vaters inter illegitimos zu teſtiren anlangt, a. M. Carpzov p. III. c. 4. def. 24. Berger Oec. II. 4. 6. n. 2.; vgl. auch Kapf Rechtsſpr. der höhern und höchſten Gerichtshöfe in Würtemberg. Tübingen 1821. n. 15. Daß auch Adoptivkinder hierher gehören, nimmt man ebenfalls ziemlich einſtimmig an; vgl. Stryck §. 6. u. das daſ. angef. resp. Berger l. l. Fritz §. 25. Euler §. 31. 32. Endlich ſind auch die meiſten Rechtslehrer einverſtanden, daß das test. par. int. lib. auch für Deſcendenten entfernterer Grade, wenn ſie nur die Eigenſchaft der nächſten Inteſtaterben haben, gleichviel übrigens, ob ſie mit Deſcendenten früherer Grade concurriren oder nicht, gültig ſey; vgl. l. ult. C. fam. erc. Berger l. l. Stryck §. 7. 10. Pufendorf II. obs. 30. Overbeck XI. m. 556. Fritz §. 23. Euler §. 28., womit auch Bülow a. a. O. S. 190. in der Hauptſache übereinzuſtimmen ſcheint. Mühlenbruch a. a. O. §. 1481. S. 171. Deſcendenten, deren Aeltern noch leben, ſind dagegen hier nicht zu verſtehen, obwohl Carpzov p. III. c. 4. def. 16. a. M. iſt. Eine Concurrenz mehrerer Deſcendenten iſt übrigens allemal erforderlich, wenn von einem t. p. i. l. die Rede ſeyn ſoll. Wäre nur ein zur Inteſtaterbfolge berechtigter Deſcendent vorhanden, ſo wäre ein Teſtament entweder etwas völlig Unnützes, oder, wenn in demſelben auch Andere bedacht werden ſollen, nach den Beſtimmungen

des §. 745. zu beurtheilen; vgl. den Fall bei Eiſenhart Rechtsf. VII. 12. IX. 7. Die Meinung, daß auch Kinder unter den Aeltern oder überhaupt jeder Teſtirer unter ſeinen Inteſtaterben modo privilegiato teſtiren könne, hat nie Eingang bei den Juriſten gefunden. Stryck §. 8. Overbeck Med. IV. 200.

c) Notariatsordn. a. a. O. G. F. Krause de test. par. inter lib. minus sol. nuncupato. Viteb. 1767. Overbeck Med. IV. 266. Ob nach der N. 107. ein test. nuncupat. p. i. l. als ſtatthaft anzunehmen ſey, iſt ſehr zu bezweifeln, da die Zuziehung von Zeugen, namentlich wenn deren weniger als ſieben ſeyn ſollen, keinesweges einen ausreichenden Erſatz für die Vorſchriften giebt, welche bei dem test. script. befolgt werden ſollen, und bei dem test. nunc. nicht in Anwendung kommen können. Die Notariatsordn., wenn ſie a. a. O. zwei Zeugen als hinreichend erwähnt, unterſcheidet freilich nicht zwiſchen mündlichen und ſchriftlichen Teſtamenten; allein die Beſtimmung derſelben kann recht wohl als nur für die Fälle gültig angeſehen werden, in welchen auch bei dem ſchriftlichen Teſtament nach der N. Zeugen zugezogen werden müſſen. Indeß iſt freilich nicht zu leugnen, daß viele, namentlich der ältern Rechtslehrer, auch ein test. nuncupativum p. i. l. annehmen, ſo namentlich Piſtor qu. l. Stryck diss. 1. I. 23. u. caut. cont. §. 21. Struv. ex. XXXII. th. 19. Vinnius II. qu. 18. Carpzov p. III. c. 4. def. 15. Wernher diss. l. §. 59. Canngießer dec. 322., welche denn auch die Zeugen nicht für Solennitäts-, ſondern für Probatorialzeugen nehmen, vgl. Stryck diss. l. III. n. 75. H. Piſtor l. l. A. M. iſt Gaill obs. II. 112. G. L. Mencken de test. par. inter liberos privilegiato sine script. invalido; in deſſen Opusc. n. 18. v. Bülow a. a. O. §. 10. S. 192. ff. Euler cap. 2. §. 17—23. In Sachſen iſt von dem ehemaligen App.-Gericht die im Text aufgeſtellte Anſicht befolgt und angenommen worden, daß das nuncupative test. p. i. l. ebenfalls privilegirt ſey; Kori III. 22. n. 2.

d) Auch nach der Notariatsordn. nicht; vgl. Stryck diss. III. 54. Overbeck Med. IV. 195. Euler §. 50—54. A. M. iſt Fritz §. 39.

dd) Vinnius quaest. II. 18. Mühlenbruch a. a. O. §. 1482. S. 178 ff. Hiernach ſcheint die von Hommel obs. 354. und Weſtphal Rechtsgutachten no. 45. §. 15. ff. vertheidigte Anſicht gebilligt zu werden, daß man es h. z. T. mit der Vorſchrift der N. nicht ſo genau nehme; eine Anſicht, die durchaus verwerflich erſcheint.

e) N. 107. c. 1. Carpzov l. l. def. 18. Berger Oec. l. l. §. 3. Stryck diss. 1. III. n. 36. 43. caut. test. §. 19. 20. Hommel obs. 354. Euler §. 54. A. M. iſt Fritz §. 32. Müh-

lenbruch a. a. O. §. 1482. S. 182. Daß das test. p. i. l., auch wenn es holographum iſt, eigenhändig unterſchrieben werden müſſe, behauptet Wernher diss. l. §. 50. ff.

f) d. N. 107. c. 1. Berger l. l. Struben r. Bed. IV. 10. (327. ed. 2.) Pufendorf III. obs. 5. Kochy Med. n. 10. Euler cap. 4.; vgl. auch Grupen disc. for. cap. 3. Mühlenbruch a. a. O. §. 1482. S. 195. ff. 147. ff. Es fragt ſich jedoch, 1) ob auch hier eigenhändige Schrift des Teſtirers erfordert werde. Die Novelle läßt darüber keinen Zweifel übrig; dennoch ſind mehrere, wie Brockes obs. for. 174. Pufendorf l. l. §. 2. Weſtphal von Teſt. §. 821. 828. u. Rechtsgutachten a. a. O. anderer Meinung. Andere, wie Leyſer sp. 367. m. 4. v. Bülow a. a. O. §. 10. nehmen an, daß durch N. 119. c. 9. die N. 107. abgeändert worden ſey; vgl. dagegen Müller. ad L. obs. 567. Euler §. 42. ff. §. 55. Fritz §. 30.; 2) ob Statt der namentlichen eine andere Bezeichnung der Kinder Statt finden könne. Die meiſten Rechtslehrer nehmen dies an, und verwerfen bloß die allgemeine Erwähnung der Kinder; vgl. Pufendorf l. l. Euler §. 44., a. M. iſt Grupen l. l. u. Fritz §. 29. Die erſtere Anſicht ſcheint die richtigere. Es bedarf indeß einer ſpeciellen Bezeichnung, ſowie eines test. p. i. l. überhaupt nicht, wenn der Erblaſſer alle ſeine Kinder zu gleichen Theilen ſuccediren zu laſſen beabſichtigt; 3) ob die Angabe der Erbtheile in den heut zu Tage gewöhnlichen Zahlzeichen geſchehen könne. Mehrere, wie Böhmer consult. II. p. 1. n. 720. §. 8. Hommel obs. 354. ſind dieſer Anſicht und wollen durch die N. bloß die notae et sigla oder die minder bequemen Zahlzeichen der damaligen Zeit ausgeſchloſſen wiſſen; das Gegentheil behaupten die meiſten Rechtslehrer, Berlich decis. 90. n. 6. M. Coler. decis. 56. n. 5. Stryck caut. test. §. 15. Overbeck Med. IV. 187. Kochy a. a. O. Euler §. 45—48. wegen der beſtimmten Vorſchrift der N., daß die Erbſchaftsquoten buchſtäblich ausgedrückt werden ſollen. Doch leitet eben dieſe Beſtimmung darauf hin, daß nach der N. nicht Zahlzeichen überhaupt, ſondern nur die zur Bezeichnung der Erbſchaftsquoten üblichen Zeichen (vgl. Euler §. 48.) in dem Verbot begriffen ſeyn könnten.

g) d. N. Carpzov. p. III. c. 4. def. 17. Berger a. a. O. Stryck. diss. l. III. 1. caut. test. §. 14. Overbeck IV. Med. 194. Leyser. sp. 367. m. 3. Müller ad L. obs. 567. Euler §. 38 ff. Mühlenbruch XLII. §. 1482. S. 189. Hier ſind Zahlen ohne Zweifel erlaubt, ferner iſt es geſtattet, die Zeit auf andere Weiſe als durch Angabe des Monats und Jahres auszudrücken. Stryck l. l. Euler §. 39. Auch darin iſt man einverſtanden, daß die annotatio temporis von dem Teſtirer eigenhändig geſchehen müſſe; Auth. quod sine C. de test. Euler §. 39.

Allein die Frage iſt, ob die annotatio temporis überhaupt Sache der Nothwendigkeit, nicht vielmehr der Willkühr des Teſtirers anheim gegeben ſey. Hier iſt nämlich ein Fall, in welchem die versio vulgata der N. von dem griechiſchen Text abzuweichen, dieſe die annotatio temporis in die Willkühr des Teſtirers zu ſetzen, jene ſolche als nothwendig auszudrücken ſcheint; vgl. Andreä im Arch. f. civ. Pr. IV. 15. Euler §. 40. Daher behauptet Pufendorf III. 5. §. 3., daß die Beifügung der Zeit nicht weſentlich erforderlich ſey, obgleich die meiſten Rechtslehrer a. M. ſind; vgl. Euler §. 40. 41. Fritz §. 28. — Es fragt ſich nun, ob und welche Modificationen die Vorſchriften über das ſchriftliche test. par. int. lib. leiden, wenn der Teſtirer des Schreibens unkundig oder blind iſt (vgl. §. 649. 666.), oder jure militari teſtiret. Daß in dem letztern Fall die Vorſchriften der N. nicht beobachtet zu werden brauchen, iſt wohl nicht zu bezweifeln, pr. I. de test. mil. Allein in den beiden übrigen Fällen, in denen die gemeinrechtlichen Förmlichkeiten des Teſtaments vermehrt ſind, fragt ſich, ob die Vorſchriften der N. ausreichen. Daß ein des Schreibens Unkundiger ſchriftlich auch inter liberos nicht teſtiren könne, ſcheint N. 107. cap. 1. deutlich genug auszuſprechen, vgl. Stryck caut. test. §. 21. u. diss. I. III. n. 35. Rivinus in der not. i. angef. diss. §. 15 ff. Euler §. 19. u. die daſ. angef. Rechtslehrer. Daſſelbe ſcheint auch von dem Teſtamente eines Blinden gelten zu müſſen; Müller ad L. obs. 569. Euler §. 34. Mehrere glauben jedoch, daß das, was gemeinrechtlich über das Teſtament eines Blinden verordnet worden iſt, auf die test. p. i. l. keine Anwendung leide. Carpzov p. III. c. 6. def. 5. Canngießer dec. 322. n. 3. Wernher diss. I. §. 121. 128. ff. Andere fordern entweder drei Zeugen, Stryck diss. 1. III. n. 42., der indeß in der Abh. de caut. test. §. 2. ſchwankt; Overbeck Med. IV. 265.; oder praelectio; Leyser. sp. 367. m. 8. und dazu Müller obs. 569., was Schmidt Rechtsſpr. XXII. auch auf das test. analphabeti anwendet. Mühlenbruch a. a. O. S. 227. Daß auch bei einem mündlichen test. par. int. lib. die Beſtimmung der I. 8. C. de test. zu beachten ſey, ſcheint aus der Notariatsordn. Tit. von Teſt. §. 9. 11. hervorzugehen; vgl. Euler §. 34. u. die daſ. angef. Rechtslehrer. Wenn, wie es ſcheint, in Sachſen die Beſtimmung der V. O. XXIV. §. 7. allgemein von allen Teſtamenten der Blinden verſtanden werden muß, ſo iſt der ganze Streit für abgethan anzuſehen. Hat übrigens eine Schrift, in welcher Aeltern unter den Kindern verfügen, auch alle in der N. 107. ausgedrückte Erforderniſſe, ſo gilt ſie als Teſtament doch nur inſofern, als nicht etwa nachgewieſen werden kann, daß ſie als bloßer Entwurf anzuſehen ſey, zu welchem noch irgend etwas, namentlich förmliche Vollziehung, hinzukommen ſollte; vgl. Leyſer sp. 367. m. 3. Müller ad L.

obs. 566. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1430. S. 410. XLII. §. 1482. S. 185. A. M. iſt ohne hinreichenden Grund Wernher diss. l. §. 12.

h) N. 107. c. 2. Der Beweis einer geſchehenen Willensänderung wird nicht beachtet, ſo lange die Schrift ſelbſt noch unverletzt vorliegt, dies namentlich, wenn ſie in dem Nachlaß vorgefunden wird, Gaill. II. obs. 112. Euler §. 67.; eben ſo, wenn ſie einem der Kinder zur Verwahrung übergeben worden ſeyn und nach dem Tode des Erblaſſers von dieſen produciret werden ſollte. Zoller de dispos. pat. int. liberos, quae post obitum patris ab uno liberor. profertur, valida. L. 1748. Overbeck Med. V. 293. Daß auch ein dem Gericht übergebenes test. p. i. l. durch bloße Zurücknahme deſſelben nicht ungültig werde, ſ. Schmidt Abh. II. 4. Ueber den Beweis eines test. par. inter liberos, beſonders durch Eidesantrag, vgl. H. G. Bauer. diss. an et quat. deferri possit super par. test. inter liberos. L. 1762. Bei einem test. nuncup. möchte ein ſolcher Beweis kein Bedenken haben, wohl aber, wenn von einem nicht vorhandenen ſchriftlichen Teſtament die Rede iſt; vgl. N. 107. c. 2. Iſt das test. p. i. l. durchſtrichen oder zerriſſen, ſo gelten ohne Zweifel dieſelben Grundſätze, wie bei andern Teſtamenten; vgl. Euler §. 75.

i) N. 107. c. 2.; vgl. Struv. syntagm. jus Ex. 32. th. 39. Reinharth de test. imperf. §. 3. Canngiesser. decis. 68. Bülow u. Hagemann Erört. III. 18. v. Bülow Abh. II. 14. Mühlenbruch a. a. O. S. 216 ff. Zeitſchr. N. F. III. 14. n. 1. Die meiſten Rechtslehrer ſind freilich anderer Anſicht und haben nach dem Vorgang der Auth. hoc inter liberos C. de test. aus der N. heraus interpretirt, daß nur durch ein feierliches, eine ausdrückliche Widerrufung enthaltendes Teſtament das test. p. i. l. aufgehoben werden könne; ſo namentlich Berger Oec. II. 4. 22. not. 8. Euler §. 76. 77. Schweppe §. 820. Fritz §. 20. S. 38. Manche weichen jedoch mehr oder weniger ab: Wernher diss. l. §. 111 ff. fordert nur, daß dem ſpätern Teſtament cl. derogatoria beigefügt ſey; Gabke in der §. 729. not. a. angef. diss. §. 28 ff. achtet jene Erforderniſſe nur dann für nöthig, wenn das ſpätere Teſtament nicht ein test. par. int. liberos, ſondern ein ſolches iſt, in welchem extraneus allein oder neben den Kindern eingeſetzt ſich findet; vgl. Bülow u. Hagemann a. a. O. Nach Mühlenbruch doctr. pand. §. 688., womit jedoch derſ. in den Comm. XXXVIII. §. 1429. S. 300. zu vergleichen, iſt zu Widerruf des test. p. i. l. entweder ein ſpäteres feierliches Teſtament oder Erklärung vor ſieben Zeugen nöthig. Die N. ſagt von alle dem nichts. Sie erklärt, daß ein unverſehrt vorhandenes test. p. i. l. nicht durch bloßen Widerruf rumpirt werden könne, ſondern der Widerruf nur inſofern gelte, als er in einem ſpätern test. per-

fectum ausgeſprochen werde. Daß gerade von einem vor ſieben Zeugen errichteten ſpätern Teſtament geſprochen wird, ſchließt nicht die Möglichkeit aus, das t. p. i. l. durch ein anderes gültiges Teſtament aufzuheben. Und am allerwenigſten wäre abzuſehen, warum nicht ein ſpäteres test. par. int. liberos das frühere gleichartige aufheben ſollte. Uebrigens hat man auch, wiewohl mit noch weniger Grund und unter falſcher Anwendung der l. 21. §. 3. C. de test. bezweifelt, daß durch ein test. par. int. liberos ein vorhergegangenes feierliches Teſtament rumpirt werde; vgl. über den Fall, wenn in dem frühern Teſtamente ein extraneus eingeſetzt worden war, in welchem wenigſtens die Legate gültig bleiben ſollen, Moller semestr. III. 22. Carpzov p. III. c. 4. def. 25. Berger Oec. II. 4. 22. not. 8. Daß ein testamentum par. inter liberos solenne durch ein test. p. i. l., welches nach der N. 107. errichtet worden iſt, nicht aufgehoben werde, hat A. Fl. Rivinus in diss. de test. par. i. l. privilegiato solenne prius conditum haud infirm. Viteb. 1754. auszuführen geſucht; vgl. dagegen Wernher diss. l. cap. 3. §. 100 ff. Overbeck IX. 567. Zeitſchr. N. F. III. 14. n. 3. Zweifel entſteht allerdings in Anſehung der test. p. i. l. des deutſchen Rechts; wegen der Worte der Notariatsordnung §. 2., da kein ander (nicht anderer, wie auch in dem Emminghauſiſchen corpus juris publ. geleſen wird) ihr Teſtament zuvorgemacht ꝛc., aus welchen hervorzugehen ſcheint, daß die gewöhnliche Zahl der Zeugen zu dem test. p. i. l. erfordert werde, wenn ein früheres Teſtament exiſtiret. Uebrigens bleibt wohl ſoviel ausgemacht, daß nicht wie zwei testamenta militis, ſo auch zwei test. par. inter liberos neben einander beſtehen können, Rivinus diss. l. §. 11.

§. 744.

Daß Aeltern in einem ſolchen Teſtamente eines oder mehrere ihrer Kinder auch bloß auf den Pflichttheil ſetzen; aber keins derſelben weder übergehen, noch auch widerrechtlicher Weiſe enterben können, iſt ſchon an ſich Rechtens [a]). Der Gerichtsbrauch hat ſolches aber noch weiter ausgedehnt, dergeſtalt, daß die Enterbung eines Kindes, auch aus geſetzlichen und gegründeten Urſachen, bloß in einem feierlichen, keineswegs aber im privilegirten Teſtamente geſchehen darf [b]).

a) Vgl. Quiſtorp Beitr. z. Entſch. verſch. Rechtsmaterien, No. 20. S. 325. flg. Daß den Kindern auch ohne Erbeinſetzung der Pflichttheil titulo legati hinterlaſſen werden könne, bezweifeln die meiſten ältern Rechtslehrer, Carpzov p. III. c. 4. def. 22. Stryck

diss. l. III. 4. caut. test. §. 10., Euler §. 64. Sonſt kann 1) Einſetzung zu ungleichen Theilen Statt finden, was mehrere Aeltere ohne Grund, wenigſtens in dem Fall einer gar zu großen Ungleichheit, bezweifelten; vgl. Stryck diss. l. III. 15. caut. test. §. 12.; vgl. resp. bei Puton. III. 112. Euler §. 65. Mühlenbruch a. a. O. §. 1482. S. 199. vgl. auch den Fall in E. Kinds Rechtsſpr. II. 17. Zeitſchr. N. F. III. 14. n. 2. Auf einen ſolchen Fall der ungleichen Vertheilung ſcheint wenigſtens nach gem. Recht die Beſtimmung der l. 33. C. de inoff. test. anwendbar, über welche zu vergleichen Glück VII. §. 546. S. 92. Marezoll in Linde's Zeitſchr. III. 20. Auch kann 2) institutio in re certa Statt finden; Euler §. 64. 3) Ueber praelegata vgl. v. Bülow Abh. I. 6. §. 8. — Auch hier iſt Alles durch Buchſtaben, nicht durch Zahlen, auszudrücken, N. 107. c. 3. Euler §. 49.

b) Berger Oec. II. IV. 6. 6. Rivinus D. de filio in testam. parent. privilegiato non exheredando. Lips. 1752. Wieſands Observatt. juris Rom. et Sax. Sp. XI. n. 2. Wernher P. V. obs. 24. F. G. Zoller. de lib. exhered. in test. par. m. solenni. L. 1768. Kind Quaest. for. T. I. c. 88. I. 47. ed. 2. S. jedoch, was Köchy Med. 11. S. 131. flg. dagegen erinnert, ferner Stryck diss. 1. IV. 59. caut. test. §. 18. Overbeck Med. VII. 379. Euler §. 68. ff.; vgl. auch die Bemerk. zu §. 705. n. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 209. Diejenigen, welche mit A. Faber u. Fritz nach röm. Recht kein test. par. int. lib., ſondern bloß codicillos ab intestato annehmen, müſſen jeden Falls die Statthaftigkeit der Enterbung verneinen; vgl. Fritz §. 34.; der dagegen annimmt, daß in dem durch die Notariatsordn. eingef. test. minus solemni Enterbung allerdings Statt finden könne; §. 43. Auf der andern Seite muß der, welcher annimmt, daß das test. p. i. l. nicht ein privilegirtes Teſtament, ſondern ein test. mit beſtimmter Form ſey, auch die Statthaftigkeit einer in demſelben ausgeſprochenen Enterbung anerkennen. Euler §. 69.

§. 745.

Da übrigens der Teſtirer bei der Errichtung ſeines letzten Willens nur alsdann von den geſetzlichen Feierlichkeiten entbunden iſt, wenn die darin getroffenen Verfügungen lediglich auf ſeine Kinder ſich beziehen, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß, wenn in einem ſolchen Teſtamente eine fremde Perſon, wofür auch des Teſtirers Gattin, oder im mütterlichen Teſtamente der Ehemann zu achten, eingeſetzt worden, eine ſolche Erbeinſetzung ungültig iſt [a]). Hat jedoch

der Teſtirer bei deſſen Errichtung wenigſtens fünf Zeugen zugezogen, ſo bleiben die Vermächtniſſe, welche fremden Perſonen darin ausgeſetzt worden, bei Kräften, wenn auch gleich die Zeugen das Teſtament nicht unterſchrieben haben [b]).

a) l. 21. §. 1. C. de testam. l. ult. C. fam. ercisc. J. Chr. Harpprecht de persona extranea admixta in test. par. int. lib., in deſſen diss. I. n. 50. ed. tr. de succ. II. S. 1114. Cramer Wetzl. Nebenſt. XCIV. n. 1. Meditationen über verſch. Rechtsmaterien, IV. no. 198. 199. Stryck diss. l. IV. 9. seq. caut. test. §. 17. Harpprecht. diss. l. §. 6 seq. Mühlenbruch a. a. O. S. 206. 212. Daß die Ehegattin pro extranea zu achten ſey, ſagt N. 107. c. l. ausdrücklich, man hat dieß auch als gültig nach gemeinem deutſchen Recht angenommen; obwohl nach demſelben die successio legitima der Ehegatten anders als in dem röm. Recht ſich geſtaltete; vgl. Carpzov p. III. c. 4. def. 19. 20. Eiſenhart Rechtsſ. VII. 12. Eine andre Frage war, ob und wiefern durch test. inter liberos der Mutter der väterliche usus-fructus beſchränkt werden konnte, vgl. Stryck caut. test. §. 30. Nach neuerm ſächſ. Recht, welches den Ehegatten wirkliches Pflichttheilsrecht neben dem der Kinder zugeſteht (§. 694.), ſind Ehegatten nicht mehr pro extraneis zu achten. Außerdem gehören aber unſtreitig zu extraneis Enkel noch vorhandener Söhne oder Töchter, v. Bülow a. a. O. S. 191. Overbeck IX. Med. 556., natürliche Kinder, in Bezug auf das Teſtament des Vaters; Stryck a. a. O. Auch Deſcendenten, welche zwar Inteſtaterben, aber als ſolche bereits abgefunden worden ſind, rechnet man hierher, H. Piſtor IV. qu. 6. Stryck caut. test. §. 3. 7. In Anſehung ſolcher extranei iſt nicht bloß Erbeinſetzung (wohin auch substitutio gehört, Harpprecht §. 26. 27.; vgl. Madihn viciss. subst. quasi pup. §. 45. Eiſenhart Rechtsſ. VII. 12. Euler §. 71. Fritz §. 33., a. M. iſt Wernher diss. l. §. 46.; vgl. auch Breuning diss. an subst. valeat in test. par. privil. L. 1776.), ſondern jede andere zu Gunſten derſelben erfolgte Verfügung ungültig, obwohl das Teſtament im Uebrigen beſtehet, l. ult. C. fam. erc. Harpprecht diss. l. §. 24. 25. Glück und Geiger Rechtsſ. I. 3. §. 8. Nur in Anſehung einer Diſpoſition, die zu Gunſten einer pia caussa geſchieht, macht man eine Ausnahme, weil eine ſolche Diſpoſition ohne alle Solennität gelte; vgl. §. 742. 752. Carpzov l. 1. def. 19. 20. VI. resp. 33. Wernher diss. l. §. 67. Euler §. 36. Böhmer in der §. 742. not. a. angef. diss. cap. 1. §. 14. Mit Unrecht behauptet man indeß auch, daß tutoris datio in einem test. parentum inter liberos nicht Statt finde, namentlich dann, wenn von einem test. patris die

Rede iſt; Stryck diss. 1. IV. 3. Weſtphal Rechtsf. n. 55. Wernher diss. l. §. 46. Euler §. 70. Mühlenbruch a. a. O. S. 208.

b) Arg. l. 8. §. 1. C. de codicill. *junct.* Nov. 107. c. 1. Stryck a. a. O. c. 10. §. 22. diss. l. IV. n. 47. Brunnemann ad Auth. Quod sine, C. de testam. Leyſer sp. 367. m. 6. Müller ad L. obs. 568. Hommel Obs. 126. Winkler ad Berger. II. IV. 6, 5. Pufendorf II. 31. §. 4. Eyler §. 59—62. Mühlenbruch a. a. O. S. 212 ff. Die Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche es zur Gültigkeit ſolcher Vermächtniſſe für hinreichend halten, wenn auch nur zwei Zeugen zugezogen worden, zu welchen außer Carpzov p. III. c. 4. def. 20. Harpprecht diss. 1. und mehrern ältern auch Wiesand ad N. 107. c. 1. Viteb. 1772. v. Bülow I. 6. §. 9. Canngießer dec. 21., ferner wenigſtens nach der Beſtimmung der Notariatsordnung, Fritz §. 35. 36. 43., gehören, widerlegt J. F. Rivinus D. de test. par. inter lib. coram duob. testib. respectu extraneae pers. invalido. Lips. 1776. u. Köchy a. a. O. No. XII. Euler §. 60. S. jedoch unten §. 751. Euler §. 58. Ueber die Meinung derer, welche ſogar ſieben Zeugen erfordern, vgl. Euler §. 62. Uebrigens iſt bei einem ſolchen ſchriftlichen test. p. i. l. die Zuziehung von Zeugen nicht die einzige zu beobachtende Förmlichkeit, ſondern der Teſtirer muß die zu Gunſten von extraneis getroffenen Beſtimmungen ſowohl in dem Teſtament aufgezeichnet, als auch vor den Zeugen über dieſe Beſtimmungen mündlich ſich ausgeſprochen haben; N. 107. c. 1. Euler §. 57. A. M. iſt v. Bülow a. a. O. S. 191., welcher die Vorſchrift der N. alternativ verſtanden wiſſen will. Auch wird von Mehrern bezweifelt, daß in einem test. p. i. l. nuncup. überhaupt einer persona extranea etwas hinterlaſſen werden könne; vgl. Stryck caut. test. §. 25. Harpprecht §. 33. Eine andere Frage iſt, ob die zugezogenen Zeugen testes solennes ſeyen, oder bloß des Beweiſes wegen zugezogen werden. Das Letztere nehmen auch mehrere derjenigen Rechtslehrer an, welche, wie bei Codicillen, fünf Zeugen erfordern; ſie achten daher auch Weibsperſonen für zuläſſige Zeugen, und nehmen eine beſondere rogatio testium, auch wohl gleichzeitige Gegenwart der Zeugen keinesweges für nöthig; vgl. Carpzov p. III. c. 4. def. 15. Harpprecht diss. l. §. 18. Stryck diss. l. III. 75. IV. 49. caut. test. §. 26. Breuning. de testium rogatione in test. privileg. parent. Lips. 1766. Wieſand diss. l. §. 8 ff. Alles Anſichten, welche diejenigen nicht gelten laſſen können, die das test. p. i. l. für ein test. solenne mit beſtimmter Form nehmen. Uebrigens kann bei einem vor fünf Zeugen errichteten letzten Willen, in welchem die Kinder mit extraneis zugleich bedacht worden ſind, quaestio facti entſtehen, ob ein wirkliches Teſtament, oder bloß

ein Codicill vorliege; vgl. Eiſenhart Rechtsſ. VII. 12. IX. 7. Glück u. Geiger Rechtsſ. I. 3.

§. 746.

Von dem elterlichen Teſtamente unter den Kindern iſt die von den Eltern unternommene Theilung des Vermögens unter die Kinder zu unterſcheiden[a]). Sie geſchieht entweder vertragsweiſe, oder in der Geſtalt eines letzten Willens; 1) mittelſt Vertrags, wenn die Eltern ihre Güter oder einen Theil derſelben durch Kauf[b]), Schenkung[c]) ꝛc. an die Kinder abtreten, und ihnen entweder ſogleich eigenthümlich übergeben, oder ſich den Nießbrauch lebenslänglich vorbehalten; 2) in der Geſtalt eines letzten Willens[d]) geſchiehet ſie, wenn die Eltern entweder mündlich vor zwei Zeugen oder in einem ſchriftlichen Aufſatze den Kindern ihre künftigen Erbtheile anweiſen; doch darf keines derſelben hierdurch im Pflichttheile verkürzt werden, widrigenfalls auf deſſen Ergänzung geklagt werden kann[e]). Uebrigens kann eine ſolche Dispoſition von den Eltern jederzeit widerrufen werden, da hingegen eine vertragsweiſe unternommene Theilung unwiderruflich iſt[f]).

a) N. 18. c. 7. N. 107. c. 3. Carpzov p. III. c. 4. def. 22. Ferd. Chr. Harpprecht de divisione bonorum inter liberos a parente adhuc in vivis facta. Tub. 1700. in Ejusd. Diss. Vol. II. n. 60., ein weitſchichtiges, mit höchſt unnützen Unterſuchungen angefülltes und noch nicht einmal vollendetes Werk; Chr. Wildvogels D. de divisione parentum inter liberos. Jen. 1710. rec. 1737. Schmidt Rechtsſpr. n. 26. Batz verm. Abhandl. Ulm 1822. n. 19. v. Bülow Abh. I. 6. §. 1—4. Euler §. 82—89. Mühlenbruch Fortſ. der Glückſchen Pand. XLII. §. 1483. Pfeiffer pract. Ausführungen aus allen Theilen der RG. IV. 7. Die divisio kann ſowohl auf das ganze Vermögen, als auf einzelne Gegenſtände oder Quoten ſich beziehen. In dem letztern Fall wird das Unvertheilte nach den gewöhnlichen Beſtimmungen über Inteſtaterbfolge vertheilt, l. 21. C. fam. erc. Die divisio paterna begründet übrigens keine successio a testato. Doch kann eine ſolche Vertheilung auch in Verbindung mit einem Teſtament, wenn in dieſem Erben unbeſtimmt eingeſetzt worden ſind, und der Teſtirer eine Beſtimmung der Theile ſich vorbehalten hat, dann aber nicht bloß unter Kindern, ſondern überhaupt unter Inteſtaterben vorkommen, d. l. 2. D. de her. inst. l. 10. C. fam. erc. Verſchieden von der divisio bon. iſt die annotatio der con-

ferenda; über welche zu vergleichen v. Bülow a. a. O. §. 13. Entgegengeſetzt der divisio iſt die Beſtimmung, daß die Erben eine gewiſſe Zeit in communione verbleiben ſollen, über welche zu vergleichen Quiſtorp Beitr. n. 30. S. 476.

b) Hierher gehört der Fall, wenn der Erblaſſer ſein Grundſtück einem der Kinder verkauft und den Uebrigen ihren Antheil an dem Kaufgelde anweiſet; Biener qu. 75. in opusc. II. S. 287.

c) Nach gem. Recht hat man gezweifelt, ob in dieſer Form Theilung von dem Vater unter den Kindern bewirkt werden könne; dieſer ohnehin nicht begründete Zweifel fällt nach ſächſ. Recht weg; vgl. C. 12. p. II. und dazu Carpzov def. 22., ingl. VI. resp. 43.

d) vgl. Overbeck Med. III, 155. Schmidt Abh. II. 9. Die Form einer ſolchen Theilung beſtimmt N. 18. c. 7. Sie erfordert scriptura und Unterſchrift des Vaters oder der Kinder, wovon übrigens eine scriptura holographa des Vaters keine Ausnahme macht, wie Wernher p. IX. obs. 207. meint, add. Auth. si modo C. fam. erc. Mündliche, wenigſtens vor zwei Zeugen geſchehene, Theilung ſoll indeß nach Carpzov p. III. c. 4. def. 22. n. 10. Schmidt Rechtsſpr. n. 26. Euler §. 88. a. der Notariatsordn. §. 2. hinreichen. Daß bei einer ſolchen Theilung extranei nicht bedacht werden können, ſ. l. ult. C. fam. erc.

e) l. 10. 16. C. fam. erc. Euler §. 85. Sonſt iſt aber hier ungleiche Theilung zuläſſig. Euler §. 84. Werden den concurrirenden Miterben gewiſſe Sachen auf ihren Erbtheil angewieſen, ſo kann in dem Fall der Eviction dieſer Sache für die Miterben Gewährungspflicht eintreten, l. 77. §. 8. D. de leg. 2.; vgl. Handb. III. §. 1287. not. f.

f) Wernher p. I. obs. 5. Bauer resp. 128. L. 1801. Schmidt Rechtsſpr. n. 26. Einen hierher gehörigen Rechtsfall ſ. bei Eiſenhart Rechtsf. VI. 10.

Siebentes Capitel.

Von Vermächtniſſen.

§. 747.

Außer der Erbeinſetzung, welche zum Weſen eines jeden Teſtaments gehört, kann daſſelbe auch noch mancherlei Nebenverordnungen enthalten, wohin vorzüglich die Vermächtniſſe und Fideicommiſſe gehören. Zuvörderſt handeln wir von Vermächtniſſen[a]).

a) Ge. Engelbrecht D. de legatis et fideicommiss. Helmst. 1692. Dionyſ. Gottfr. D. de legatis et fideicommissis. Argent. 1596.

Leyser. sp. 379. E. C. Weſtphal herm. ſyſt. Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. Leipz. 1791. 1. 2. Th. deſſ. Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtniſſen. L. 1793. Letzteres ein opus posthumum und ohne Zweifel das ſchlechteſte der Weſtph. Producte. Geyert Grundzüge der Lehre v. Vermächtniſſen nach d. allg. preuß. Landr. mit Rückſicht auf die röm. Geſetzgeb. Frkf. 1829. Roßhirt die Lehre von den Vermächtniſſen nach röm. Recht. 1. od. allg. Theil. Heidelb. 1835. 2. od. beſonderer Th. ib. eod., ein Buch, das zwar viele treffliche Erörterungen enthält, im Ganzen aber mit einer Flüchtigkeit bearbeitet iſt, welche deſſen Brauchbarkeit gar ſehr mindert.

§. 748.

Unter einem Vermächtniſſe verſtehen wir diejenige Willenserklärung des Erblaſſers, wodurch er ſeinen Teſtaments- oder geſetzlichen Erben, oder auch andern Perſonen, welche etwas aus ſeinem Nachlaſſe erhalten, die Entrichtung oder Ausantwortung beſtimmter Sachen oder Summen an gewiſſe von ihm ernannte Perſonen auferlegt [a]).

a) l. 116. pr. D. de legat. 1. l. 36. D. de leg. 2. §. 1. I. de leg.; vgl. über dieſe und andre Definitionen v. Buchholz Abh. n. 9. S. 164 ff. Ueber das Wort: vermachen, Pufendorf animadv. 87. Das Weſentliche des Begriffs Vermächtniß iſt: 1) ein Vortheil, der dem Legatar zu Theil wird; wenn auch die Hauptabſicht des Teſtirers nicht ſowohl dahin gehet, dem Legatar einen Vortheil zuzuwenden, als den Nachlaß oder den Erben mit einer Abgabe zu belaſten; vgl. §. 774. — Gewährt ein Vermächtniß dem Legatar keinen Vortheil, ſo iſt es inutile; vgl. die §. 760. not. b. angef. Geſetze, d. h. es gilt nicht als Vermächtniß, es kann daher namentlich bei Berechnung der qu. Falcidia nicht in Anſchlag kommen, l. 1. §. 10. D. ad l. Falc.; auch würde davon kein Erbſchaftsſtempel zu entrichten ſeyn. Eine Anordnung des Teſtirers, von welcher nicht zu erſehen iſt, zu weſſen Vortheil ſie gereiche, hat ebenfalls keine juriſtiſche Wirkung; l. 114. §. 14. D. de leg. 1. l. 38. D. de leg. 3. l. 7. D. de ann. leg. Pufendorf II. obs. 90. Roßhirt I. 4. 3. §. 20. S. 407. Dahin ſind namentlich Anordnungen für Hunde, Pferde u. dgl. Lieblingsvieh zu rechnen. Inzwiſchen würde doch in manchen Fällen dem, welchem etwas mit einem ſolchen praecepto zugewendet worden iſt, wenn er offenbar gegen den Willen des Teſtirers handelt, wenigſtens nach gem. Recht das Vermächtniß als indigno entriſſen werden können; vgl. l. 5. §. 2. D. de his quae ut ind. l. 1. §. 3. D. ubi pup. educ. l. 12. §. 4. D. de relig.; 2) ein Vortheil, der entweder aus der Verlaſſenſchaft ſelbſt, oder von dem,

auf welchen ein Theil der Verlaſſenſchaft gelangt, gewährt wird. In dem letztern Fall muß aber, um das legatum von dem, was man mortis caussa capio (wovon ein Mehreres unten §. 900.) nennt, zu unterſcheiden hinzukommen, daß ein beſtimmter Anſpruch gegen den Statt finde, welchem die Entrichtung auferlegt worden iſt; 3) ein letzter Wille, durch welchen dieſer Vortheil zugewendet wird; daher Unterſchied des Vermächtniſſes von der donatio mortis caussa, welche, wenn gleich in manchen Stücken den Legaten ähnelnd, l. 87. D. de leg. 3., namentlich darin, daß ſie wegfällt, wenn der Beſchenkte vor dem Schenkgeber ſtirbt, doch immer als actus inter vivos anzuſehen iſt; vgl. Handb. III. §. 1344. von Bülow Abh. II. 16. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. Haſſe im rhein. Muſ. II. 3. Heft. S. 300. III. 1. S. 1. v. Schröter in Linde's Zeitſchr. II. 4. Bolley juriſt. Aufſätze 1. Bd. Stuttg. 1831. n. 1. Roßhirt I. 2. §. 2. 4. 3. §. 22. S. 415.; 4) ein Vortheil, welcher mit keiner Univerſalſucceſſion verbunden iſt, pr. J. de legat. Ueber den heres ex re certa, inwiefern dieſer als legatarius anzuſehen iſt, vgl. oben §. 679. 681. 682. Aber auch mit dieſen Beſtimmungen begreift die Definition ſowohl die eigentlichen Legate als die fideicommissa particularia in ſich, d. l. 87., zwiſchen denen jedoch nach älterm röm. Recht manche Verſchiedenheiten Statt fanden; vgl. §. 795. not. b.

§. 749.

Was zuvörderſt A. die Perſonen betrifft, welche bei einem Vermächtniſſe concurriren, ſo können I. nur diejenigen, welche ein Teſtament zu errichten fähig ſind (§. 648. f.), ein Vermächtniß hinterlaſſen [a]), und ſo kann II. auch nur denjenigen Perſonen gültiger Weiſe etwas vermacht werden, welche zu Erben eingeſetzt werden können [b]). Wir bemerken hierbei: 1) Sind mehrere Perſonen zu Erben eingeſetzt worden, ſo kann auch einer derſelben ein Vermächtniß zum voraus (praelegatum) hinterlaſſen werden [c]), und es ſteht ſolchenfalls in deren Willkühr, der Erbſchaft zu entſagen, und bloß das Vermächtniß zu fordern [d]). 2) Iſt mehrern Miterben ein Vermächtniß ausgeſetzt worden, ſo theilen ſie es zu gleichen Theilen, wenn ſie auch zu ungleichen Erbtheilen eingeſetzt worden [e]). 3) Wenn der Teſtirer ſeinen Kindern ein Vermächtniß ausgeſetzt, ſo werden darunter auch die nachgebornen begriffen [f]).

a) l. 2. D. de legat. 1.

b) §. 24. I. de legat. Doch ſind Alimente hiervon ausgenommen, als welche auch Perſonen, die nicht erbfähig ſind, gültiger Weiſe hinterlaſſen werden können, l. 11. D. de alim. vel cib. leg. Dagegen iſt keineswegeѕ erforderlich, daß der, welcher durch ein Legat bedacht werden ſoll, auch die test. factio activa habe, daher denn Kindern, die in väterlicher Gewalt ſich befinden, furiosis und mente captis, l. 16. §. 1. D. qui test. fac. Bülow u. Hagemann Erört. IV. 61., gültiger Weiſe ein Vermächtniß ausgeſetzt werden kann.

c) l. 104. §. 3. D. de legat. 1.; vgl. J. N. Hert. de praelegatis. Giess. 1681. in opusc. tom. 3. E. S. Kreysig. pr. Francke de legato praecept. Viteb. 1791. B. W. Pfeiffer. de praelegatis. Marburg 1798. v. Nettelbladt ſyſt. Entwickelung der Lehre von Prälegaten. Roſtock 1802., eine Schrift, die, wenn ſie gleich in Form und Inhalt der vorhergehenden ziemlich genau ſich anſchließt, dennoch den ihr von Pfeiffer verm. Aufſätze über Gegenſtände des deutſch. u. röm. Privatrechts. Marb. 1803. S. 373. gemachten Vorwurf des Plagiats nicht verdient. Vornehmlich aber iſt zu vergleichen L. de Pfordten diss. de praelegatis. Erlang. 1832. Roßhirt I. 4. Kap. 2. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IX. 4. S. 114. Das praelegatum in eigentlicher Bedeutung iſt ein legatum heredi relictum, bei welchem der Erbe als honoratus und zugleich als oneratus concurrirt. Es iſt von andern legatis heredi relictis, bei denen der Erbe bloß als honoratus erſcheint, wie, wenn dem Erben von einem Dritten, der nicht Erbe iſt, oder von Miterben, die nicht als Erben, ſondern überhaupt als honorati betrachtet werden, mithin das ganze Legat nicht ſowohl aus der Erbſchaft als aus ihrem Vermögen zu präſtiren haben, etwas legirt wird, verſchieden; denn ſolche Legate unterſcheiden ſich nicht weſentlich von andern Legaten, wie in mancherlei Hinſicht das eigentliche Prälegat. Einen Fall, in welchem der Erbe etwas von einem legatarius empfängt, ſ. l. 18. D. de ann. leg. l. 87. D. de leg. 1. Breuning an filius abstinens ab hered. pat. praeleg. petere poss. L. 1769. Von den eigentlichen Prälegaten hat man in neuerer Zeit ſogenannte Wechſellegate unterſchieden; vgl. eine Abhandl. v. Buchholz, in Sell Jahrb. für hiſtor. u. dogmatiſche Bearbeitung des r. Rechts. III. 7. (Braunſchw. 1844.)

d) l. 17. §. 2. l. 18. l. 68. pr. l. 92. §. 2. D. de leg. 1. l. 12. C. de leg. Es gilt dies nach gem. Recht auch von einem suus heres, der von dem benef. abstinendi Gebrauch macht. Pfordten §. 14. Ausnahmen gelten in den l. 7. D. si quis omiss. c. test. l. 4. §. 11. D. de doli exc. angef. Fällen, vornehmlich aber auch dann, wenn das praelegat. unter der Bedingung, si heres factus erit, hinterlaſſen worden iſt, l. 88. 89. 90. D. de leg. 1. Pfordten §. 9. Nicht ganz einverſtanden mit dieſer Anſicht ſcheint Roßhirt S. 263., nach welchem es quaestio voluntatis bleibt, ob der mit

dem Prälegat bedachte Erbe, der die Erbſchaft ausſchlägt, das Legat behalte; vgl. jedoch S. 270. unter b. Gilt übrigens der im §. angeführte Satz von dem, welcher freiwillig die Erbſchaft ausſchlägt, ſo muß er um ſo mehr von dem gelten, welcher wegen einer beigefügten Bedingung nicht Erbe werden kann. Es fragt ſich aber, ob der, welcher die erworbene Erbſchaft nicht behalten kann, das praelegatum fordern könne? Es kommt dies vor A) in dem Fall, in welchem die Erbſchaft ex fideicommisso zu reſtituiren iſt, wo jedoch die hier aufgeſtellte Frage mit der andern, ob mit der Erbſchaft auch das praelegatum reſtituirt werden müſſe, wovon unten §. 802. ff., nicht verwechſelt werden darf. Pfordten l. l. p. 48. ſcheint dieſe Frage zu bejahen, wenn er einen ſolchen mit einem Fideicommiß belaſteten Erben dem suus heres qui abstinet, gleichſtellt. Roßhirts Anſicht iſt nicht ganz klar, nur ſo viel erhellt mit Beſtimmtheit aus S. 270., daß er dem mit dem Fideicommiß belaſteten Erben, wenn dieſer das Ganze reſtituiren muß, ein Recht, das praelegatum zu fordern, zugeſteht; B) in dem Fall, wenn dem Erben das Erbtheil entriſſen wird, weil er ſich verpflichtet hat, dieſen Erbtheil einem indignus zu reſtituiren, l. 12. in fin. l. 18. §. 2. D. de his quae ut jud. Pfordten S. 47. Auf andre Fälle der Indignität der Erben iſt die Beſtimmung des letztern Geſetzes wohl nicht zu beziehen; auch beruht daſſelbe wohl keineswegs auf dem Grund, daß das praelegatum jenem Unfähigen reſtituirt werden müſſe, wie Roßhirt S. 263. annimmt, denn es wäre nichts ſonderbarer als das praelegatum zu Gunſten deſſen zu erhalten, der doch aus der Verlaſſenſchaft nichts erhalten ſoll. Iſt es übrigens richtig, daß der mit einem Prälegat bedachte Erbe, wenn die Erbſchaft nicht an ihn gelangt, doch das Prälegat fordern könne, ſo iſt kein Grund abzuſehen, warum nicht auch das einem heres ex asse hinterlaſſene Legat in derſelben Maaße gültig hinterlaſſen werden könne, was in dem §. bezweifelt zu werden ſcheint, und auch von der Gloſſe, ſowie von mehrern ältern Rechtslehrern, beſtritten worden iſt. — Das praelegatum hat übrigens die meiſten Eigenſchaften mit andern Legaten gemein, namentlich gilt dies von dem dies cedens §. 778., welcher auch hier in der Regel der Todestag des Erblaſſers iſt, l. 75. §. 1. D. de leg. 2. l. 27. D. qu. dies leg. Pfordten §. 11. 12. 15.; es kann ferner der mit einem Legat bedachte Erbe Collegatarien haben, in Anſehung deren jus accrescendi, und zwar in dem Fall, wenn der Erbe die Erbſchaft erworben hat, auch wegen desjenigen Betrags eintritt, den der Erbe zu ſeinem Antheil zu gewähren haben würde, l. 34. §. 11. D. de leg. 1. Pfordten diss. I. cap. 5. Dieſe Eigenſchaften erleiden aber, wegen des dem Honorirten zugleich zuſtändigen Erbrechts, namentlich inſofern Modificationen, als der Honorirte zugleich Erbe geworden iſt. In dieſer

Beziehung iſt zu bemerken: α) das Legat iſt zu dem Antheil, zu welchem der honorirte Erbe ſelbſt es zu gewähren haben würde, wenn ein Dritter honorirt worden wäre, inutile. In welchem Sinn dies zu nehmen ſey, darüber herrſcht Streit zwiſchen den neueſten Bearbeitern dieſer Lehre. Daß der Honorirte jenen Antheil nicht von ſeinen Miterben gewährt verlangen könne, daß er vielmehr dieſen Antheil in dem Fall, wenn keine Collegatarien vorhanden ſind, jure heredis inne behalte, darüber iſt man einverſtanden; allein die Frage bleibt, ob zu dieſem Antheil das Legat gleich vom Anfange an ungültig ſey, oder ob es an ſich zwar gültig ſey, jedoch wegen der pro parte eingetretenen confusio nur unwirkſam werde? Die letztere Meinung, welche Pfeiffer, Nettelbladt, Pfordten §. 4., wiewohl nicht überall aus denſelben Gründen, vertheidigen, ſcheint allerdings die natürlichere. Die entgegengeſetzte Anſicht hat Roßhirt a. a. O. S. 262. Allein von allen zur Unterſtützung derſelben angeführten Argumenten iſt nur das von der Eigenthümlichkeit des jus accrescendi in dem Fall des Daſeyns von Collegatarien aus der angeführten l. 34. §. 11. D. de leg. 1. hergenommene von Gewicht, während es nach dieſer Anſicht ohne die Annahme einer conditio tacita unerklärlich bleibt, wie das Ungültige gültig werden könne, wenn der honorirte Erbe die Erbſchaft nicht antritt oder reſtituirt. Uebrigens nimmt ſowohl Pfordten S. 47. als Roßhirt S. 263. 270. an, daß das ganze Prälegat gültig bleibe, wenn der Honorirte verpflichtet worden iſt, daſſelbe ganz zu reſtituiren; β) der Honorirte kann, wenn er Erbe geworden iſt, den Antheil, welchen ſeine Miterben zu dem Prälegat beizutragen haben, auch durch die Erbtheilungsklage fordern; l. 4. pr. l. 25. §. 22. l. 26. D. l. 7. C. fam. erc. l. 17. §. 2. D. de leg. 1. Pfordten §. 1. 16. Roßhirt S. 253. Daſſelbe Rechtsmittel ſcheint übrigens nach d. l. 25. §. 22. auch dem Erben zuzuſtehen, dem ein Legat per praeceptionem von ſeinem Miterben in solidum zu präſtiren iſt; γ) ob und inwiefern die rückſichtlich des Erbtheils getroffenen Beſtimmungen auch das praelegatum afficiren, iſt ſtreitig. Im Allgemeinen leugnen dies Pfordten §. 9. u. 11. ſowohl als Roßhirt a. a. O. §. 4. S. 271. mit den meiſten andern Rechtslehrern, inſofern nicht eine andere Willensmeinung des Erblaſſers nachgewieſen wird. Einverſtanden iſt man auch insbeſondere, daß Subſtitution für den Erbtheil nicht zugleich auf das Prälegat bezogen werden könne, l. 75. §. 1. D. de leg. 2. l. 32. D. de leg. 3. Bauer. resp. 1. L. 1791. Allein zweifelhaft iſt es, ob eine der Erbeinſetzung beigefügte Bedingung auf das Prälegat zu beziehen ſey? Die meiſten ältern Rechtslehrer bejahen dies wegen l. 18. §. 1. D. de her. inst. l. 77. pr. D. de C. et D. l. 17. §. 3. D. de doli exc.; während die neuern, Pfordten S. 35. und Roßhirt S. 272., welche in

den angezogenen Geſetzſtellen nur eine quaestio voluntatis entſchieden annehmen, der entgegengeſetzten Meinung ſind.

e) l. 67. §. 1. l. 104. §. 5. D. de leg. 1. Wäre hingegen ſämmtlichen Erben ein Vermächtniß ausgeſetzt worden, ſo würden ſie daſſelbe, wenn ſie in ungleiche Erbportionen eingeſetzt ſeyn ſollten, nach Verhältniß derſelben zu theilen haben, l. 34. §. 12. eod. A. M. ſind Nettelbladt §. 12. 13. Pfeiffer §. 11., welche annehmen, daß jeder der Prälegatarien einen Antheil an dem Prälegat im umgekehrten Verhältniß ſeines Erbtheils anzuſprechen habe; ingleichen Pfordten §. 13. §. 26. S. 74. und Roßhirt S. 274., nach welchen auch in dem Fall, wenn alle Miterben zugleich praelegatarii ſind, portiones viriles angenommen werden müſſen. Im Grunde ſind die Anſichten der ebengenannten Rechtslehrer nicht in dem Grade von einander abweichend, als dies auf den erſten Anblick ſcheint. Alle ſind einverſtanden, daß ab initio jeder portionem virilem von dem beſchiedenen Legat anzuſprechen habe, und daß Jeder dieſen Antheil auch wirklich erlange, wenn er die Erbſchaft nicht antritt; wogegen, wenn die Erbſchaft angetreten ward, der Satz: inutile est legatum, quod heredi a semet ipso est relictum, eine Veränderung in Anſehung des Antheils herbeiführt, welchen der praelegatarius anzuſprechen hatte, indem der pars inutilis den Collegatarien zuwächſt. Von dem Fall, wenn die collegatarii nicht zugleich coheredes ſind, handelt l. 116. §. 1. D. de leg. 1.; vgl. Pfordten l. l. S. 74.

f) l. 15. 16. §. 2. l. 17. pr. §. 1. D. de leg. 1.; vgl. auch Stryck us. mod. XXX. §. 7. 8. Göz Entſcheid. der Altdorfer Jur.-Fac. n. 15. Linde Zeitſchr. V. 18. Wenn von Kindern des Erblaſſers die Rede iſt, ſo verſteht man auch hier Enkel und Deſcendenten entferntererer Grade. Ob auch; wenn von Deſcendenten eines Andern die Rede ſey? darüber ſind die Rechtslehrer nicht einverſtanden. Nach der Meinung der ſächſiſchen Rechtscollegien ſcheint dieſe Frage bejahet werden zu müſſen; vgl. Gottſchalk disc. III. 4. In dem Fall, wenn Kinder und Kindeskinder mit einem Legat bedacht worden ſind, kann die Frage entſtehen, ob dieſe gleichzeitig oder ſucceſſiv, d. h. erſt, wenn jene weggefallen ſind, für honorirt anzunehmen ſeyen? Vgl. über einen ſolchen Fall, in welchem aber freilich nicht von einem Legat, ſondern von einer Erbeinſetzung in dieſer Maaße die Rede war, in welchem aber auch die Modalität der Theilung zu Differenzen Anlaß gab, Eiſenhart Rechtsf. II. 17. Noch iſt, was die Perſon des Legatars betrifft, Einiges zu bemerken, 1) über den Fall, wenn dem Ehegatten ein Legat hinterlaſſen worden iſt; α) es ſetzt voraus, daß die Ehe bis zu dem Tode des Erblaſſers fortbeſtanden habe; und fällt daher, wenn inmittelſt Scheidung erfolgt iſt, weg, l. 49. §. 6. D. de leg. 3.; β) daß ein legatum, welches unbeſtimmt der

Ehefrau hinterlaſſen worden iſt, auch der Ehefrau zu präſtiren ſey, welche der Erblaſſer nach der Zeit des errichteten letzten Willens geheirathet hat, folgert man aus l. 4. 5. D. de lib. et posth. l. 19. pr. D. de reb. dev. Berlich. p. II. dec. 298. n. 33. Gewiß nicht mit Unrecht in dem Fall, wenn der Erblaſſer zur Zeit des errichteten letzten Willens noch gar nicht verheirathet war; ob aber auch dann, wenn die zur Zeit des errichteten letzten Willens beſtandene Ehe getrennt worden iſt? dies möchte im Allgemeinen ſchwerlich ſich behaupten laſſen; γ) nach ſächſiſchem Recht wird der Ehegatte des beſchiedenen Legats verluſtig, wenn derſelbe die Dispoſitionen des Erblaſſers über die Erbfolge, geſetzt auch, daß durch dieſe der geſetzliche Pflichttheil onerirt würde, nicht anerkennt. Erbg. §. 73.; 2) über den Fall, wenn der legatarius persona incerta iſt; vgl. Majans. de legato incerto in deſſen diss. II. 69. (auch in dem Anhang zu Leyser. med. Vol. XI.) §. 20—23. 26—32. 42. ff. Crell de legato tacito et implicito, in quo legatarius non nominatus est. Viteb. 1742. in deſſen diss. fasc. VII. n. 54. Roßhirt I. 4. Kap. 2. §. 7. S. 321. Im Allgemeinen iſt namentliche Bezeichnung des Legatars nicht nöthig, ſondern es reicht auch demonstratio hin. Ueber den Fall, wenn einer Concursmaſſe ein Legat hinterlaſſen worden iſt; und ob an demſelben auch präcludirte Gläubiger participiren, Kind. IV. 39. Ungewißheit aber kann entſtehen, entweder, weil der Teſtirer ſelbſt die Perſon des Legatars von einem künftigen Ereigniß abhängig machte, wie in den Fällen des §. 25. 26. I. de leg. l. 108. §. 3. de leg. 1. l. 5. 10. pr. l. 14. D. de reb. dub., vgl. Bynkershoek obs. II. 15. Majanſ. §. 21., eben ſo in dem Fall, wenn Stipendien für gewiſſe Perſonen legirt werden, oder weil die von dem Teſtirer gewählte Bezeichnung Zweifel übrig läßt. Dies gilt α) wegen unzulänglicher Bezeichnung, wohin auch eine generelle Bezeichnung gehört, obwohl bisweilen einer ſolchen Bezeichnung eine beſtimmte Bedeutung beigelegt wird, wie in den Fällen, wenn den Kindern, der Familie, den Verwandten, den Armen ein Vermächtniß ausgeſetzt worden iſt. Ueber die Frage: wer unter den ſo allgemein bezeichneten Perſonen als einbegriffen anzuſehen ſey, vgl., was Kinder anlangt, die oben angef. Bemerkungen, namentlich über den Fall des Legats, welches den Nachkommen, die zur Zeit des errichteten Legats noch nicht einmal concipirt waren, hinterlaſſen worden iſt; Götz a. a. O. Linde Zeitſchr. V. 18.; vgl. auch oben §. 674. not. a.; über das, was der Familie oder Verwandten hinterlaſſen wird, §. 807. Ueber Vermächtniſſe an die Armen vgl. §. 673. v. Weber Kirchenrecht II. §. 137. im 3. Bd. S. 1315 ff. (II. §. 110. der 2. Ausg.); vgl. mit I. §. 53. Th. 1. S. 487. Außer dieſen Fällen bleibt es quaestio voluntatis, den zu ermitteln, welchen der Teſtirer bedacht wiſſen wollte; vgl. die oben angef. diss. von Crell. Vorausgeſetzt wird jeden Falls, daß angenommen werden könne, der Teſtirer habe

ſeinen letzten Willen vollſtändig erklärt; es bleibt demnach der Fall eines von Seiten des Teſtirers gemachten, aber nicht ausgeführten Vorbehalts ausgeſchloſſen, l. 18. D. de usu et usufr. leg. Majans. diss. l. §. 22. Einen hierher gehörigen Fall, in welchem der Teſtirer ein Vermächtniß ſieben ſeiner Verwandten, deren Benennung er ſich vorbehielt, ausgeſetzt hatte, durch den Tod aber verhindert worden war, dieſe zu benennen, ſ. bei Behmer. jus contr. n. 116. Ob auch auf einen ſolchen Fall d. l. 18. anwendbar ſey? ward beſtritten; β) wegen irrthümlicher Bezeichnung. Auch dieſe ſchadet nicht, wenn nur der Wille des Teſtirers feſt erkannt werden kann; vgl. §. 775. Für zweifelhaft ward dies in einem Falle angenommen, in welchem der Teſtirer dem Sohn Engelmanns, ſeinem Pathen, ein Legat ausgeſetzt hatte, und es ſich fand, daß Engelmann keinen Sohn, ſondern nur eine Stieftochter hatte, deren Pathe der Teſtirer geweſen war, obgleich behauptet ward, daß der Teſtirer dieſe Pathe zu bedenken beabſichtiget habe. Läßt ſich nun wegen unzulänglicher Bezeichnung des Legatars nicht erkennen, wen der Teſtirer gemeint habe, ſo iſt wohl das Natürlichſte, anzunehmen, daß das Legat nicht gelte, ſondern bei dem oneratus verbleibe; d. l. 18. l. 2. D. de his, quae pro non scr.; vgl. Bauer. resp. 38. L. 1794. Nur in dem Fall, wenn ein Vermächtniß Einigen aus einer beſtimmten Zahl von Perſonen hinterlaſſen worden iſt, und jene Einige nicht ermittelt werden können, iſt das einfache Legat Allen zu gewähren, l. 17. D. de leg. 2. Auch kann der oneratus, der das Legat einer beſtimmten Perſon gezahlt hat, weil er ſie für die von dem Teſtirer gemeinte hielt, nicht wieder zurückfordern, §. 25. I. de leg. Bisweilen hat man auch in Fällen, in welchen Ungewißheit über die Perſon des Legatars obwaltet, Edictalcitation anwendbar erachtet; ſo in dem unmittelbar vorher erwähnten Rechtsfall; und eben ſo in dem Falle bei Behmer n. 116.; vgl. auch Simon und Strampf Rechtsſpr. der preuß. Gerichtshöfe 4. Bd. n. 22. Allein im Allgemeinen iſt Edictalcitation hier eben ſo wenig anwendbar als in dem Fall, wenn der Aufenthalt eines beſtimmt bezeichneten Legatars unbekannt iſt; vgl. L. J. Koch. pr. utrum heres, cui legati exsolvendi necessitas est imposita, si legatarii memoria non extat, cursum usurarum impedire valeat etc. L. 1820. Man könnte ſagen, daß, wenn ein Adſpirant vorhanden iſt, der für ſeinen Anſpruch auf das Legat wenigſtens Wahrſcheinlichkeitsgründe anzuführen vermag, Edictalcitation, wenn auf dieſelbe kein andrer Prätendent ſich meldet, die Wahrſcheinlichkeit, welche der Ausbringer der Edictalcitation für ſich hat, zur juriſtiſchen Gewißheit erhebe. Allein die Richtigkeit dieſer Annahme iſt wohl noch zu bezweifeln und auf keine Weiſe geſetzlich zu begründen. — Daß übrigens der oneratus, welcher nicht weiß, an wen er das Legat zu zahlen habe, die legirte Summe deponiren könne, um von der Verzinſung deſ-

ſelben (§. 782.) ſich zu befreien, iſt gewiß. Es verdient aber hierbei bemerkt zu werden, daß nach der Meinung von Koch in dem angef. Programm eine ſolche Depoſition den Erben für immer das Recht entziehen ſoll, das Deponirte als Theil der Erbſchaft zurückzufordern, wenn auch gleich auf erlaſſene Edictalcitation kein Legatar ſich finden ſollte; vielmehr ſoll dann das depositum dem Fiscus zufallen. Die für dieſe Meinung angeführten Gründe ſind nicht ſehr überzeugend, und auch der angeführte §. 25. I. de leg. würde dafür keinen Anhalt geben, wenn die Depoſition sub protestatione geſchehen wäre. Sollte aber auch jene Meinung in dem in erwähntem pr. gedachten Fall, wenn ein beſtimmter Legatar, deſſen Aufenthalt bloß unbekannt iſt, aufgefordert wird, Rückſicht verdienen, ſo iſt doch nicht das Nämliche dann anzunehmen, wenn die Edictalcitation wegen Ungewißheit in der Perſon des Legatars erlaſſen worden iſt; vgl. über dieſen Punct G. E. Schmidt diss., num heredi legatarios, quorum vitam et domicilium ignorat, per edict. citationem cum comminatione praeclusi evocare liceat. Dr. et L. 1840. Kritz Rechtsſpr. V. 12. 3) Ein Legat, das den Gliedern einer Corporation, z. B. den Bürgern einer Stadt, hinterlaſſen worden iſt, wird als der Corporation hinterlaſſen angeſehen; l. 2. D. de reb. dub. Eben ſo gilt ein Vermächtniß, das den geiſtlichen Lehrern eines beſtimmten Orts hinterlaſſen worden iſt, als legatum piae caussae relictum; l. 20. D. de ann. leg. Carpzov. dec. 150. Cramer. II. obs. 736.

§. 750.

III. Die Perſonen, welchen die Entrichtung eines Vermächtniſſes auferlegt werden darf, können alle diejenigen, aber auch nur diejenigen ſeyn [a]), welche gemäß dem Willen des Erblaſſers [b]) aus der Verlaſſenſchaft etwas erhalten, honorati [c]); wobei im Allgemeinen die Regel gilt: nemo plus est onerandus, quam est honoratus [d]). Demnach können nicht nur 1) die Erben ohne Unterſchied, ſie mögen ab intestato [e]), oder aus einem Vertrag [f]), oder zu Folge Teſtaments [g]), und letztern Falls Erben des erſten Grades oder Subſtituirte [h]), unmittelbar oder fideicommiſſariſche Erben ſeyn [i]), ſondern auch 2) Legatarien und Schenknehmer auf den Todesfall mit Vermächtniſſen belegt werden [k]). Im Zweifel iſt anzunehmen, daß der Erbe oneratus [l]), und der an deſſen Stelle tretende Nachfolger ebenfalls zu Gewährung der Vermächtniſſe verpflichtet ſey [m]). Ueber die Verpflichtung mehrerer Onerirten ſ. unten §. 785.

a) l. 92. §. ult. l. 94. §. 3. D. de leg. 1. I. 1. §. 6. D. de leg. 3. l. 9. C. de fideic.

b) l. 6. §. 1. D. de leg. 3. Eben deshalb kann der Pflichttheil, den der Erblaſſer hinterlaſſen muß, nicht mit Legaten beſchwert werden; vgl. §. 702.

c) Vgl. Schweppe §. 884. j. §. 783. Mühlenbruch doctr. pand. §. 723. Roßhirt I. 4. Kap. 1. §. 3. S. 237.

d) §. 1. I. de sing. reb. per fid. rel. l. 114. §. 3. de leg. 1. l. 1. §. 17. l. 17. §. 2. D. ad Sct. Treb.; vgl. Haſſe im rh. Muſ. Jahrg. 3. J. 4. S. 501. 514. ff. In Anſehung der onerirten Erben erhält dieſe Regel noch eine nähere Beſtimmung durch die Anordnung der Quarta Falcidia und Trebellianica, §. 786. 802. ff., inſofern nach dieſer dem onerirten Erben ein gewiſſer Theil der Erbſchaft frei verbleiben muß. Andre Onerirte haben keinen Anſpruch darauf, daß ihnen ein beſtimmter Theil des Beſchiedenen verbleibe. Inzwiſchen bleibt es auch in Beziehung auf ſolche Onerirte von Wichtigkeit, den wahren Betrag der ihnen angewieſenen Deckung zu ermitteln. Was dieſen Punct betrifft, ſo iſt zu bemerken, daß der Onerirte auch die Nutzungen des ihm Beſchiedenen, welche er bis zu der Zeit, zu welcher er dem honoratus das Vermächtniß zu gewähren hat, nicht aber andre bloß zufällig mit der erhaltenen Deckung erlangte Vortheile als Deckung ſich anrechnen muß, l. 114. §. 3. D. de leg. 1. l. 70. §. 1. 2. D. de leg. 2. Haſſe a. a. O. S. 514. Nach welchem Zeitpunkt der Werth der Deckung zu beſtimmen ſey, darüber ſchweigen die meiſten Rechtslehrer; nur Schweppe a. a. O. S. 272. not. 1. bemerkt, daß hier, wie bei Beſtimmung der Q. Falcidia tempus mortis anzunehmen ſey; was indeß wohl noch bezweifelt werden kann, wenn nicht dieſer Zeitpunct zugleich derſelbe iſt, a quo dies legati cedit; vgl. l. 28. D. de instr. et instr. leg. l. 28. D. qu. dies leg. l. 59. D. de V. O.

e) d. l. 92. de leg. 1.; vgl. §. 814.

f) Bauer Erl. V. 13. dec. v. J. 1746. §. 18. Pufendorf II. obs. 72. Cannegießer dec. 65. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1425 f. S. 70.

g) d. l. 9. C. de fideic.

h) l. 19. §. 1. l. 53. pr. D. de leg. 1. l. 1. 7. §. 3. D. qu. dies leg. Dem pupillariter Subſtituirten kann aber nur unter der Vorausſetzung ein Legat auferlegt werden, daß der pupillus zum Erben eingeſetzt worden ſey, weil außerdem gegen die not. d. angeführte Regel verſtoßen werden würde; l. 24. C. de legat. Uebrigens kann auch heres heredis vel legatarii belaſtet werden, l. 92. §. 2. l. 93. D. de leg. 1. l. 5. §. 1. D. de leg. 3.

i) §. 1. I. de sing. reb. per fid. rel.

k) pr. I. de sing. reb. per fid. rel. §. 11. I. de fid. her. l. 2. C. comm. leg. l. 77. §. 1. 2. D. de leg. 2. l. 3. pr. §. 3. de leg. 3. Auch der qui mortis caussa capit, l. 96. §. 4. D. de leg. 1. Nicht minder der Fiscus in Bezug auf die ihm zufallenden bona vacantia, l. 114. §. 2. D. de leg. 1. In Anſehung der Legatarien gilt indeß nach älterm röm. Recht das Gegentheil.

l) l. 98. D. de leg. 3.

m) Dergl. Nachfolger ſind 1) Subſtituirte des oneratus, wenn nicht eine andre Abſicht des Teſtirers ſich nachweiſen läßt, l. 74. D. de leg. 1. l. 61. §. 1. D. de leg. 2.; 2) der Miterbe, welcher vermöge des jus accrescendi den Erbtheil des Andern erlangt, d. l. 61. l. 49. §. 4. ib. l. un. §. 4. C. de cod. toll. Francke Beitr. zur Erl. verſch. Rechtsmat. n. 6. Ueber das ältere Recht vergl. Mayer das Recht der Anwachſung der Miterben, Tübingen 1835. S. 77. 187.; 3) nach ſächſ. Recht die Inteſtaterben, die an die Stelle eines teſtamentariſchen Erben treten, Erbg. §. 5. Nicht daſſelbe gilt nach gem. Recht von den Inteſtaterben, die vermöge der successio an die Stelle eines vorhergehenden onerirten Inteſtaterben treten, l. 1. §. 9. D. de leg. 3. Das ſächſiſche Erbgeſetz hat dieſen Fall nicht berührt. Ob aber die Beſtimmung von §. 5. des Erbg. hier anzuwenden ſey? iſt eine Frage, die in dem Geiſt des Geſetzes bejahend beantwortet werden zu müſſen ſcheint.

§. 751.

B) Sehen wir auf die Form, in welcher Vermächtniſſe hinterlaſſen werden können, ſo geſchieht ſolches entweder in einem Teſtamente [a]), oder in einem Codicill vor fünf Zeugen (Cap. 9.) [b]), oder auch durch mündlichen Auftrag an den Erben [c]). Wir bemerken: 1) daß ein Vermächtniß, deſſen Entrichtung der Erblaſſer ſeinen unmittelbaren oder auch fideicommiſſariſchen Erben oder auch einem Legatar [d]) mündlich aufgetragen hat, vollkommen gültig und verbindlich ſey [e]), ohne Unterſchied, es mögen dabei Zeugen gegenwärtig geweſen ſeyn oder nicht [f]); 2) daß es in dieſem Falle demjenigen, welchem auf ſolche Weiſe etwas vermacht worden, freiſtehe, ob er ſolches durch zwei Zeugen, welche entweder dabei gegenwärtig geweſen, oder (wenn der Auftrag an den Erben ohne Zuziehung einiger Zeugen geſchehen) auf andere Weiſe davon Wiſſenſchaft erlangt haben, erweiſen [g]), oder dem Erben darüber den Eid deferiren

wolle[h]); in welchem letztern Falle weder die Gewiſſensvertretung, noch die Eidesrelation Statt findet[i]).

a) Außer dem Fall, in welchem der Teſtirer in ſeinem Teſtament ein Legat ausdrücklich hinterlaſſen hat, kann auch eine Dispoſition deſſelben, durch welche von dem Nachlaß oder den Quoten deſſelben gewiſſe Sachen oder beſtimmte Summen ausgeſchloſſen werden, Veranlaſſung geben, die Anordnung eines Legats anzunehmen. Denn ſchon nach gem. Recht gilt der heres ex re certa, wenn zu dem übrigen Nachlaß oder in beſtimmte Quoten deſſelben andere Erben eingeſetzt worden ſind, als Legatar, l. 13. C. de her. inst.; vgl. oben §. 679. 681. 682. Nach ſächſ. Recht bildet aber die von dem übrigen Nachlaß ausgeſchloſſene Sache den Gegenſtand eines Legats, auch wenn der Teſtirer darüber gar nicht disponirt haben ſollte, denn ſie fällt dann an die Inteſtaterben, welche ſolchen Falls als Legatare betrachtet werden, Erbg. §. 3. Kriegel diss. I. §. 17—19. Das Geſetz ſetzt voraus, daß der Teſtirer über die Geſammtheit ſeines Vermögens disponirt habe. Hätte nun der Teſtirer nur Erben zu einer beſtimmten Sache ernannt und über den ſonſtigen Nachlaß nicht disponirt, ſo ſcheint hier zwar die Dispoſition des §. 3. nicht anwendbar. Allein, wenn nach der §. 2. des Erbgeſ. aufgeſtellten Regel der ſonſtige Nachlaß an die Inteſtaterben fällt, und dieſe denn doch als Erben anzuſehen ſind, ſo iſt der heres ex re certa institutus wie nach gem. Recht als Legatar zu betrachten. Vorauszuſetzen iſt übrigens in dem einen wie in dem andern Falle, daß feſtſtehe, es ſey die wörtlich getroffene Dispoſition nur auf den bei dieſer erwähnten Theil des Nachlaſſes zu erſtrecken; was natürlich daraus allein nicht folgt, daß der Teſtirer bei ſeiner Dispoſition einen oder den andern Gegenſtand des Nachlaſſes aufzuführen unterlaſſen hat; Kriegel §. 18.

b) Ueber die Form, in welcher nach älterm römiſchen Recht Legate hinterlaſſen werden konnten, vgl. A. Faber. conject. VI. 1. Roßhirt I. 4. Kap. 3. §. 2. S. 287. ff. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IX. 4. Als die beiden gewiſſermaaßen durch die Natur der Sache gegebenen Hauptformen erſcheinen die legata per vindicationem und per damnationem relicta; das legatum per praeceptionem und sinendi modum relictum erſcheint als Modification, und zwar das erſtere des leg. vindicat., das letztere des legat. damnat. Die weſentliche Verſchiedenheit der beiden Hauptformen beruhet darauf, daß bei dem legat. vind. unmittelbar Eigenthum, welches, wie vorausgeſetzt ward, dem Teſtirer zuſtand, auf den Legatar übergeht, während bei dem legat. damnat. zunächſt nur eine obligatio auf Seiten des oneratus begründet wird. Die Folgen dieſer Verſchiedenheit zeigten ſich namentlich in den Rechtsmitteln, welche der Legatar gebrauchen konnte, um zu dem Legate zu

gelangen. Das legat. vind. gab dem legatarius die rei vindicatio, bei dem leg. damnat. hatte er die actio personalis ex testamento. Das legat. damnationis war überall anwendbar, der Gegenſtand des Legats mochte ſeyn, welcher er wollte; das leg. vind. nur bei Sachen, welche in dominio testatoris ſich befunden hatten. Nach älterm Recht war das legat. vind. ungültig, wenn die Voraus-ſetzungen nicht vorhanden waren, unter denen es gültig war; dies ward durch ein SCtum Neronianum inſofern geändert, als ein ſol-ches als leg. vindicat. ungültiges Vermächtniß doch als legat. damnat. erhalten werden ſollte. Wenn nun ferner geſagt wird, daß Juſtinian l. 2. C. comm. leg. §. 1. I. de leg. die Verſchiedenheit der legata, inſofern ſie auf der Formel, mit welcher die Legate hin-terlaſſen worden waren, beruhete, aufgehoben habe, daß mithin nach neuerm Recht der Legatar in allen Fällen dieſelben Rechts-mittel habe, ſo iſt dies nicht ohne Beſchränkung wahr. Jedes Legat iſt zwar geeignet, eine obligatio heredis zu begründen; aber ein jus vindicandi kann dem legatarius nur in Anſehung ſolcher Legate beigelegt werden, in Anſehung deſſen die Bedingungen gegeben ſind, unter welchen von Eigenthum und deſſen Uebertragung die Rede ſeyn kann; alſo zunächſt nur, wenn eine species, die dem Teſtirer gehörte, hinterlaſſen worden iſt. Daß der Unterſchied zwiſchen le-gatis vind. und damnat. auch dem heutigen Recht nicht ganz fremd iſt, ſ. §. 540. not. d. Ueber legata praeceptionis vgl. Gott-ſchalk disc. III. 1. pag. 11. seq. Roßhirt IV. 2. §. 1. S. 250. Ueber legata sinendi modo, wie ſie noch h. z. T. vorkommen kön-nen, Pufendorf animadv. n. 115. Marezoll a. a. O. S. 103. Sonſt giebt es keine beſtimmte Formel, mit welcher Vermächtniſſe hinterlaſſen werden müßten, und es wird auch hier bei einer un-vollſtändigen Rede nachgeholfen; l. 106. D. de leg. 1.

c) l. ult. C. de fideic. §. ult. I. de fideic. her. c. 4. X. de test. dec. 11. v. J. 1746. Zur Erläuterung dieſer Geſetze, unter wel-chen die beiden erſtern zu den ſeltſamſten Anſichten Veranlaſſung gegeben haben, vgl. A. Faber. Err. pragm. LXVII. err. 7—10., die zwar gründliche, aber in weitſchweifigem und barbariſchem Styl geſchriebene Abhandl. von F. Ch. Harpprecht. remed. l. ult. C. de fideic. Tubing. 1678. in deſſen diss. II. 51. Stryck. caut. test. XXI. 1. §. 38. seq. Carpzov. p. III. c. 8. def. 40. 41. Richter. decis. I. 62. consilia II. 315. Berger. Oec. II. 4. 33. Kind. quaest. I. 62. (I. 43. ed. 2.) II. 74. (I. 41. ed. 2.) H. G. Bauer. de legat. absque test. solenn. relict. diss. 1. 2. ad dec. 11. L. 1770., deſſen Erl. der dec. 11., der jedoch in resp. 110. L. 1800. verſchiedene Anſichten aufſtellt. Roßhirt I. 1. §. 10. Schweppe §. 891. Gottſchalk in der Zeitſchr. III. xvi., woſelbſt namentlich die angef. dec. 11. be-trachtet wird. Ueber die hierbei vorkommenden mannichfachen Streit-

fragen beſonders Barth diss. in praxi 422. 423. Die römiſchen Geſetze ſprechen übrigens ausdrücklich nur von Fideicommiſſen und zwar ſowohl von fideic. universalibus als particularibus; allein mit vollem Recht nehmen die meiſten Rechtslehrer an, daß l. ult. C. auch auf legata zu beziehen ſey, weil nach neuerm Recht die legata den Particularfideicommiſſen gleichſtehen, Harpprecht diss. l. VI. §. 8—15. Overbeck III. Med. 145., was auch dagegen A. Faber. err. pragm. LXVII. n. 9. 10. vorbringt. Nimmt man übrigens an, daß zu der gewöhnlichen Form einer donatio mortis caussa wie bei Legaten, die Gegenwart von fünf Zeugen erforderlich ſey (vgl. Handb. III. §. 1346.), ſo ſcheint die l. ult. C. auch auf ſolche Schenkungen angewendet werden zu können und eine Ausnahme von der ſonſt gültigen Regel zu begründen; vgl. l. 77. §. 1. D. de leg. 2. Harpprecht diss. l. VI. §. 16. 17. Die dec. 11., welcher das gem. Recht zu Grunde liegt, Bauer §. 2. Kind qu. 43., ſpricht allgemein von Vermächtniſſen, iſt aber ebenfalls nicht auf eigentliche Legate zu beſchränken; vgl. Bauer diss. l. I. §. 12. Erläut. §. 3. Kind qu. 41. Alle ſolche Vermächtniſſe ſollen, auch wenn ſie ohne alle Form hinterlaſſen worden ſind, gewährt werden, ſofern der Belaſtete den ihm über die erfolgte Anordnung angetragenen Eid zu leiſten nicht vermag. Dies iſt die Beſtimmung der Geſetze, die nicht beſtritten wird. Sonſt iſt die l. ult. C. de fid. freilich ſehr verſchieden interpretirt worden. Die Meinung mehrerer Aelteren, welche, um den ſcheinbaren Widerſpruch zwiſchen dem erwähnten Geſetze und l. 23. C. de fid. zu heben, annahmen, daß es in dem erſtern Geſetz auf eine poena inficiationis des oneratus abgeſehen ſey, der ſtatt die Ungültigkeit der Anordnung geltend zu machen, die Wahrheit derſelben beſtritten hat, und nachmals zu ſchwören nicht vermag, hat in neuerer Zeit keinen Anklang gefunden. Dagegen hat die Gloſſe, und in neuerer Zeit Bauer resp. 110. v. Löhr im Arch. für civ. Pr. II. 14. §. 3. im Grunde bloß, um Juſtinian gegen den Vorwurf zu ſchützen, daß die §. 12. I. de fid. her. geäußerte Berühmung, den Auguſt übertroffen zu haben, übertrieben ſey, behauptet, daß Eidesantrag gegen den oneratus unbedingt geſtattet ſey; mithin das Legat und das Fideicommiß gelten könne, ſobald der dem oneratus angetragene Eid nicht geleiſtet werde. Nach der gemeinen und unſtreitig richtigern Meinung, welche aus der ganzen Faſſung der l. ult. C. hervorleuchtet, auch der dec. 11. zu Grunde liegt, iſt aber die Statthaftigkeit des Eidesantrags durch eine Willenserklärung des Teſtirers bedingt, welche es möglich macht, daß der oneratus über die Wahrheit derſelben eine eigne beſtimmte Ueberzeugung erlangen konnte. Wobei freilich wiederum darüber geſtritten wird, ob ein unmittelbares Auffaſſen der Willensmeinung des Teſtirers auf Seiten des oneratus erforderlich ſey, oder nicht. Die ſtrengere Meinung

ſcheint die richtigere. Diejenigen, welche mit Roßhirt behaupten, daß der oneratus in allen Fällen, in welchen er de veritate ſchwören könne, den Eidesantrag ſich gefallen laſſen müſſe, ſcheinen nicht genug zu beachten, daß die Frage, ob de veritate geſchworen werden könne oder nicht, eben ſo wenig der Willkühr des Erben zur Beantwortung anheim gegeben werden, als Sache einer vorläufigen Unterſuchung ſeyn könne, woraus folgt, daß Eidesantrag nur da Statt findet, wo zugleich ein unmittelbares Vernehmen auf Seiten des Onerirten behauptet worden iſt. Um dem oneratus die Nothwendigkeit aufzuerlegen, daß er entweder zahle oder ſchwöre, bedarf es übrigens keineswegs 1) eines Verſprechens von Seiten deſſelben; wie noch Bartolus, Brunnemann, ad d. l. ult. und ſelbſt Faber. l. 1. err. 10. annimmt. Harpprecht II. 38. IV. 32. ff. Stryck §. 41. Pufendorf IV. obs. 112. Schweppe §. 891. ff. Es ſcheint daher auch völlig unangemeſſen, wenn Berger Oec. a. a. O. not. 8. und nach ihm Pfotenhauer in der not. e. angef. diss., ob ſie wohl ebenfalls ein förmliches Verſprechen von Seiten des oneratus keineswegs für erforderlich achten, doch von einer ſtillſchweigenden Genehmigung des oneratus ſprechen. Uebrigens iſt nicht zu leugnen, daß ein, wenn auch ſpäter hinzugekommenes, Verſprechen von Seiten des oneratus einen neuen Grund abgeben würde, denſelben wenigſtens nach heutigem Recht zur Gewährung des Vermächtniſſes zu verpflichten. Berger. E. D. I. S. I. ad tit. XVIII. obs. 13. n. 3. Auch hängt 2) die Gültigkeit einer Anordnung der in Frage ſtehenden Art nicht davon ab, daß ein Teſtament zugleich, oder vorher errichtet worden ſey, wie manche aus dem in den Geſetzen vorkommenden Worte testator ſchließen wollen; vgl. A. Faber l. 1. Aber eben ſo wenig beruhet die Gültigkeit einer ſolchen Anordnung auf dem Nichtdaſeyn einer teſtamentariſchen Verordnung, Harpprecht IV. §. 19. ff. Endlich iſt auch 3) die Gegenwart des honoratus nicht nöthig; Harpprecht IV. 30. 31. Wenn das Vermächtniß in einer m. c. donatio beſtände, ſcheint wegen Nothwendigkeit der Acceptation etwas Anderes gelten zu müſſen; allein auch hier iſt zu erwägen, daß eine ſolche Acceptation wenigſtens nicht ſofort zu erfolgen braucht. Uebrigens ſind die angezogenen Geſetze nur für die Anordnung von Vermächtniſſen anwendbar. Ein directes Erbrecht kann auf die in ſelbigen angegebene Weiſe nicht übergetragen werden. Daher wird ein Teſtament, in welchem mit Uebergehung des nächſten Notherben ein Dritter eingeſetzt worden iſt, dadurch nicht gültig, daß die Errichtung dieſes Teſtaments in Gegenwart des Notherben erfolgte. Harpprecht VI. §. 1. 2. VIII. §. 1. Aus allem dieſen geht hervor, daß nicht mit Unrecht eine Anordnung der hier in Frage ſtehenden Art als eine codicillariſche Verfügung betrachtet wird, welche das Eigne hat, daß es zur Gültigkeit derſelben der Gegenwart von

Zeugen nicht bedarf. J. H. Böhmer. de codicillis absque testibus valid. cap. 2. §. 2. 7., in deſſen Ex. ad Pand. V. 78. Sonſt müſſen freilich die gemeinſamen Erforderniſſe für Legate und Fideicommiſſe auch hier vorhanden ſeyn. Alſo namentlich. 1) test. factio von Seiten des Anordnenden; eine Ausnahme würde bloß in Anſehung der donat. m. c. a. filiofamilias facta gelten, l. 25. §. 1. D. de m. c. don.; 2) vollſtändige Willenserklärung; doch ſoll es nicht ſchaden, wenn der Teſtirer bei der Anordnung des Vermächtniſſes die Errichtung eines förmlichen letzten Willens ſich vorbehalten hat; Harpprecht IV. 7. u. deſſen diss. de test. rat. vol. imperf. §. 30. Dies nahm auch das ehemalige App.-Gericht in Sachen Br.... Erben ./. Becker M. Septb. 1833. an; 3) ausreichende Bezeichnung deſſen, was vermacht worden iſt; denn ohne dieſe iſt das legatum oder fideicommissum inutile; vgl. §. 753. Berger. Oec. II. 4. 33. not. 2. — Daß übrigens auch ein ſogenanntes fideicommissum tacitum (§. 797.) auf dieſe Weiſe angeordnet werden könne, iſt nicht zu bezweifeln; vgl. den Fall bei Eiſenhart IV. 13.

d) d. l. ult. C. §. 12. I. Die dec. 11. ſpricht freilich bloß von den Erben; da ſie indeß ihrer ganzen Faſſung nach nicht als correctoriſches, ſondern als declaratoriſches Geſetz anzuſehen iſt, ſo iſt auch nach ſächſ. Recht der in dem §. aufgeführte Satz nicht zu bezweifeln. Bauer Erl. §. 2. 3.

e) Die Erklärung des Teſtirers erfolgt 1) mündlich; dann iſt die Gegenwart des oneratus nöthig, der die Erklärung unmittelbar aus dem Munde des Teſtirers vernimmt. Ausgeſchloſſen iſt alſo der Fall, wenn dem oneratus die Erklärung des Teſtirers durch eine Mittelsperſon bekannt gemacht worden iſt, Harpprecht IV. §. 6. Finkelthaus obs. 51. Putoneus IV. 50. S. 634. Bauer diss. I. 10. 11. Erläut. d. dec. §. 7. A. M. iſt Roßhirt S. 68. Nicht nöthig iſt aber, daß der Teſtirer ſeine Worte an den oneratus ſelbſt gerichtet, oder gar eine solennis rogatio vorausgeſchickt habe; vgl. l. 67. §. 10. l. 75. 77. §. 36. D. de leg. II. Harpprecht. IV. §. 17. 18. Barth diss. 422. n. 2. 4. Böhmer. de cod. absque test. val. II. 6. Kind. qu. I. 42. Pfotenhauer diss. de legato heredi absenti per epist. injuncto. Viteb. 1801. §. 7. Die entgegengeſetzte Meinung, welche Hommel obs. 6. ausſpricht, entbehrt alles Grundes. Daß der oneratus den Teſtirer ſehen müſſe, ſ. Harpprecht IV. 15. Struck l. l. §. 40. Von mehreren Erben werden nur die wirklich Gegenwärtigen und zwar in der Regel nicht ad solidum praestandum, ſondern nur zu ihrem Erbantheil, oder, wie Andre glauben, nach Kopftheilen verbindlich, ohne Unterſchied, ob die Worte des Teſtirers nur an die Gegenwärtigen gerichtet oder allgemein ausgeſprochen worden waren, das was vermacht worden iſt, eine quantitas oder eine species iſt. Dies iſt wenigſtens die Anſicht der meiſten Rechts=

lehrer, vgl. Harpprecht V. §. 19—30. Leyſer sp. 401. m. 2. Rivin. En. XVIII. §. 5. 7. Puton. Enunc. IV. 50. Berger Oec. l. l. E. D. F. S. I. ad tit. XVIII. obs. 13. §. 2. Stryck §. 42. Pfotenhauer §. 10. Overbeck IV. Med. 146. A. M. war nach Rivin. l. l. der Schöppenſtuhl zu Jena, und in neuerer Zeit hat Müller. ad L. obs. 626. aus ziemlich unbedeutenden Gründen zu vertheidigen geſucht, daß auch für die abweſenden Miterben eine in Gegenwart der übrigen von dem Teſtirer allgemein ausgeſprochene Dispoſition bindend ſey. — 2) Eine ſchriftliche Dispoſition iſt nicht unbedingt ausgeſchloſſen; wie Einige aus den in d. l. ult. C. vorkommenden Worten: sine scriptura folgern; vgl. Roßhirt a. a. O. S. 67. Sie iſt namentlich ausreichend, wenn dem oneratus unmittelbar die Ueberzeugung von der Aechtheit der Schrift gegeben worden iſt, wie, wenn der Teſtirer die Schrift dem oneratus ſelbſt in die Hände giebt, was insbeſondere in dem Fall, wenn der Teſtirer der Sprache nicht mächtig iſt, als Auskunftsmittel angeſehen wird; Harpprecht II. 38. IV. §. 3. 4. Stryck §. 39. Rivin. en. XVIII. 6. Bauer Erl. §. 6. Pfotenhauer §. 15.; ferner, wenn der Teſtirer in Gegenwart des Erben die Schrift vorlieſet, wie das App.-Gericht in der obenerwähnten Entſcheidung annahm; oder auf einen bereits vorhandenen ſchriftlichen Aufſatz ſich beziehet, Harpprecht IV. 5. A. Fl. Rivinus de remed. ex l. ult. C. de fid. in concursu credd. Viteb. 1745. §. 5. Ob aber die l. ult. C. auf einen von dem Teſtirer mittelſt Briefs dem oneratus ertheilten Auftrag anwendbar ſey, iſt eine Streitfrage, welche Bauer diss. l. I. §. 13. II. §. 7. 8. Erl. der Dec. §. 6. Schweppe §. 891. Roßhirt S. 68. ff. bejahen; hingegen Harpprecht II. 38. IV. 1. 2. Pfotenhauer diss. l. §. 7. 14. Kind I. qu. 41. mit Recht verneinen; vgl. auch ein responsum des ehemal. Schöppenſtuhls zu Leipzig in C. Kind Samml. auserleſ. Rechtsſpr. II. 32. Wenn nun aber nach allem bisher Angeführten die Anwendbarkeit der angef. Geſetze weſentlich davon abhängt, daß der oneratus eine unmittelbare Kenntniß von dem Willen des Teſtirers erhalten hat, ſo fragt ſich, was Rechtens ſey, wenn zwar alle oben angeführte Vorausſetzungen vorhanden ſind, aber die Perſönlichkeit des oneratus von der Art iſt, daß man in demſelben die Gabe der Auffaſſung als vorhanden nicht annehmen kann; wenn alſo der oneratus blödſinnig, minderjährig, oder inſofern namentlich von mündlicher Anordnung die Rede iſt, taub oder der Sprache des Teſtirers unkundig iſt? Im Allgemeinen muß wohl angenommen werden, daß in ſolchen Fällen die Anwendbarkeit der l. ult. C. ausgeſchloſſen bleibe; vgl. Harpprecht V. §. 15—18. Wenn der oneratus blödſinnig war, ſo iſt dies nicht zu bezweifeln; eben ſo, wenn er mit Taubheit behaftet war, wenn gleich ſonſt auch Taube mit einem Fideicommiß be-

laſtet werden können, l. 77. §. 3. D. de leg. 2.; vgl. Harpprecht §. 15. u. Anh. dazu n. 1074. Was Minderjährige anlangt, ſo muß freilich das Alter in Betracht gezogen werden. Wäre der oneratus noch Kind, ſo iſt d. l. ult. ausgeſchloſſen; das Gegentheil würde anzunehmen ſeyn, wenn derſelbe bereits die Jahre der Eidesmündigkeit erlangt hätte. Pfotenhauer dis. l. §. 9. Winkler. ad Berg. Oec. II. 4. 33. not. 12. Daß, wenn Statt des minderjährigen oneratus der Vormund (oder auch wohl der Vater) gegenwärtig war, l. ult. C. anwendbar ſey, behauptet Boley Betracht. über verſch. Rechtsmaterien. Stuttgart 1800. n. 11. S. 379., eine Behauptung, die namentlich dann viel für ſich zu haben ſcheint, wenn der Pupill zur Zeit der Dispoſition noch nicht die Jahre der Eidesmündigkeit erlangt hatte, und dem Vormund ſelbſt der Eid angetragen wird. Aehnliches wird von dem Curator eines Blödſinnigen gelten müſſen.

f) Harpprecht IV. §. 21—27. Glück. de testamenti privati solemnis probat. §. 3. in opusc. I. n. 1. p. 33. 55. Mehrere ältere Rechtslehrer ſind andrer Meinung, wenn gerade fünf Zeugen gegenwärtig geweſen ſind. Man hat nämlich ohne Noth eine Antinomie zwiſchen §. 12. I. u. l. ult. C. annehmen und beſeitigen zu müſſen geglaubt. Nach Bauer Erl. §. 5. iſt wenigſtens dann, wenn der Teſtator ſeine Worte nicht an die Zeugen, ſondern an den oneratus gerichtet hat, die Gegenwart der Zeugen unſchädlich. Wenn aber überhaupt nicht nöthig iſt, daß der Teſtirer ſeine Worte an den oneratus richte, ſo ſieht man den Grund dieſer Meinung nicht ein.

g) Ein Satz, der nach gem. Recht nicht außer Streit iſt. Daß der honoratus nur des Eidesantrags ſich bedienen könne, iſt die Meinung von Böhmer. de cod. absque test. validis. II. §. 7. G. L. Mencken. de probat. per duos testes in casu l. ult. C. de fid. Viteb. 1760. in deſſen opusc. n. 20. Berger. E. D. F. S. I. ad tit. XVIII. n. 13. §. 2. Oec. l. l. not. 8. Glück l. l. p. 35. Schweppe §. 891. Roßhirt S. 71. Gottſchalk a. a. O. §. 2. Nach Harpprecht IV. §. 26. 27. Pufendorf animadv. 85. Pfotenhauer §. 5. 12. ſoll dagegen Eidesantrag nur in subsidium bei dem Mangel der gehörigen Zahl von Zeugen Statt finden. Dagegen wird die in dem §. aufgeſtellte Meinung vertheidigt von Wernher p. III. obs. 2. Quiſtorp r. Bem. II. 45 Bauer Erl. §. 9. ff., beſonders aber Süptitz über den Beweis eines dem Fiduciar von dem Teſtirer mündlich auferlegten Fideic. Braunſchw. und Helmſt. 1804.; vgl. Barth dissens. 423. n. 3. 4. Dem Sinn der l. ult. C., die auch das Intereſſe des oneratus inſofern zu berückſichtigen ſcheint, als ſie die Entſcheidung mit Vermeidung weitläufiger Erörterungen auf dem möglichſt kürzeſten Wege herbeiführen will, dürfte die erſtere Meinung am beſten entſprechen.

Nach ſächſ. Recht iſt wenigſtens ſo viel ausgemacht, daß der honoratus die Wahl hat zwiſchen dem Beweis durch Zeugen und Eidesantrag, dec. 11. und dazu Bauer. Die Zeugen ſind nicht als testes solemnitatis c. adhibiti, ſondern bloß als probatoriales zu betrachten, Pfotenhauer §. 6. Kind I. qu. 43., daher auch Frauensperſonen zugelaſſen werden und von einer rogatio testium, vgl. l. ult. C. de codicill., nicht die Rede ſeyn kann; doch ſetzt die decis. Zeugen, ſo dabei zugegen geweſen, voraus. Hiernach wird es alſo zweifelhaft, ob, was ſchon Harpprecht VIII. §. 5. bezweifelt, Zeugen, welche nicht die Anordnung des Vermächtniſſes ſelbſt, ſondern nur etwa ein Geſtändniß des oneratus beweiſen ſollten, für ausreichend zu achten ſeyen, wie in dem §. mit Bauer Erl. §. 10. Kind I. 43. angenommen wird. Auch wird dadurch, daß ein Beweis durch Zeugen, welche dabei zugegen geweſen, geſtattet iſt, nicht etwa die Vorausſetzung, daß der oneratus ſelbſt gegenwärtig geweſen ſeyn müſſe, ausgeſchloſſen, wie namentlich in dem Fall, wenn die anweſenden Zeugen Miterben wären, bemerkt Pfotenhauer §. 12. Von einem Beweis durch Urkunden iſt wenigſtens in dem ſächſ. Recht nicht die Rede; wiewohl nach gem. Recht auch dieſe als Beweismittel zuläßt, Süptitz §. 17. ff. Eben dies behaupten nach ſächſ. Recht Bauer Erl. §. 11. u. diss. l. II. §. 7. Kind qu. l. S. 281. insbeſondere, wenn durch Urkunden ein Zugeſtändniß des oneratus dargethan werden ſoll, Harpprecht VIII. §. 5. a. E. Böhmer Rechtsf. I. 18., denen in den frühern Ausgaben der verewigte Verf. des Handb. beipflichtete, wenn ſchon das, was dec. 11. in Anſehung der Zeugen verordnet, einen erheblichen Grund zu zweifeln abgiebt, inſofern nicht etwa von Urkunden die Rede iſt, welche über den Act der Anordnung ſelbſt aufgenommen worden ſind. Uebrigens leidet es wenigſtens nach ſächſ. Recht keinen Zweifel, daß, wenn einmal das eine Beweismittel gebraucht worden iſt, ein Recurs auf das andre nur vermöge des benef. rest. in integrum Statt findet; vgl. Harpprecht VIII. §. 50—52. Richter dec. I. 62. n. 24. 39. Barth diss. 423. n. 5.

h) Daß der deferens vorher de calumnia ſchwöre, ſchreibt ſchon l. ult. C. vor. Dies jur. calumniae ſoll nach Einigen das Eigene haben, daß es auch von denen geleiſtet werden muß, welche in andern Fällen von dem Gefährdeeid befreit ſind; vgl. Harpprecht V. 2. VIII. §. 24. 25. Bauer Erl. §. 14. Klein Rechtsſpr. der Hall. Jur.-Fac. IV. 17. Nach Andern iſt dieſer Gefährdeeid nur zu leiſten, wenn es der Gegner verlangt, Süptitz §. 20.; einen beſondern Verdacht der Gefährde ſetzen voraus Berger E. D. F. S. l. l. Pfotenhauer §. 11., daher denn nach erſtern der Gefährdeeid auch dann wegfallen ſoll, wenn die Angabe des Deferenten durch Zeugen beſtätiget wird. Dieſe Art des Gefährde-

eides ſcheint in Sachſen auch durch das Geſ. v. 19. Febr. 1838. (GS. n. 24.) nicht in Wegfall gekommen zu ſeyn. Der Haupteid kann übrigens nicht bloß auf das factum der Anordnung, ſondern auch auf das Object des Vermächtniſſes ſich beziehen. Hierbei iſt es keineswegs nothwendig, daß der Kläger das geforderte Vermächtniß genau und beſtimmt angebe, vielmehr iſt derſelbe zugleich von dem Beklagten eine genaue, eidlich zu beſtärkende Angabe des Vermächtniſſes zu verlangen berechtiget, d. l. ult. C., auch wenn letzterer zwar das Vermächtniß einräumt, aber den Betrag anzuzeigen hartnäckig verweigert, zum Würderungseide zuzulaſſen. Leyſer sp. 401. med. 1. Müller. ad L. obs. 624. Klein Rechtsſpr. IV. 17. Pfotenhauer §. 6. Bauer Erl. §. 14. u. deſſen resp. 171. L. 1807. Gmelin u. Elſäſſer I. 19., vornehmlich aber Süptitz a. a. O. §. 25. ff. Vorauszuſetzen iſt jeden Falls, daß feſtſtehe, es habe dies Vermächtniß auf ein beſtimmtes oder doch beſtimmbares Object ſich bezogen. Vermag dies der Kläger nicht zu behaupten, ſo erſcheinet ſein Anſpruch an ſich unſtatthaft; und ſchwört der Beklagte, daß der Teſtirer bei ſeiner Dispoſition das Object des Vermächtniſſes zu beſtimmen unterlaſſen habe, ſo iſt derſelbe von der Klage zu entbinden. Uebrigens iſt auch eine confessio qualificata von Seiten des oneratus gedenkbar; vgl. Harpprecht VIII. §. 6. ff. Süptitz §. 26. 28. 39. Der Eid iſt von dem oneratus ſelbſt immer de veritate zu leiſten; ein Glaubenseid iſt nur dann gedenkbar, wenn die Erben deſſelben, oder Andre, die an deſſen Stelle getreten ſind, wie conjuncti, auf welche die portio deſſelben cum onere übergegangen iſt, oder Subſtituirte und ſolche, die secundum edict. successorium eintreten, zu ſchwören haben ſollten. Freilich hat man bezweifelt, ob unter ſolchen Verhältniſſen, in denen nicht mehr der urſprüngliche oneratus zu ſchwören hat, überhaupt von dem remedio ex l. ult. C. Gebrauch gemacht werden könne; vgl. Harpprecht IV. §. 25. 31. 41. Berger E. D. F. l. l. §. 5. Schweppe §. 891. und dagegen, was die conjuncti betrifft, Bauer Erl. §. 8. Allein dieſe Meinung, ſo richtig ſie in Anſehung aller Derjenigen ſeyn mag, welche an die Stelle des oneratus treten, ohne deſſen Erben zu ſeyn (wenn ſie nicht etwa auch bei Anordnung des Vermächtniſſes gegenwärtig geweſen ſind, wo ſie dann aber de veritate zu ſchwören haben würden), iſt doch gewiß unrichtig, was die Erben des oneratus betrifft, und das namentlich dann, wenn bereits gegen den oneratus geklagt oder gar ſchon auf den Eid erkannt worden ſeyn ſollte. Süptitz §. 42. ff. Ueber den Fall, wenn der oneratus in Concurs verfallen, das Vermächtniß bei deſſen Creditweſen liquidirt worden iſt, und daß hier der Gemeinſchuldner zu ſchwören habe; vgl. A. Fl. Rivinus de remed. l. ult. C. de fideic. in conc. credd. Viteb. 1745.

i) d. dec. 11. Doch würde die Eidesrelation alsdann für zuläſſig zu achten ſeyn, wenn feſtſtände, daß der honoratus ſelbſt bei der Anordnung des Vermächtniſſes gegenwärtig geweſen ſey. Bauer a. a. O. §. 13. Mit dieſer Beſchränkung läßt auch nach gem. Recht Eidesrelation zu Harpprecht VIII. §. 35. ff. Rivinus diss. l. §. 8. Richter decis. I. 62. n. 31. Berger E. D. F. l. l. §. 4. Süptitz §. 22.; und dies ſelbſt dann, wenn der Eid den Erben des honoratus referiret wird, Rivin. §. 8. Süptitz §. 44. Andere beſtreiten die Statthaftigkeit der Relation nach gem. Recht gänzlich. Overbeck Med. IX. 569. Pfotenhauer §. 5., obwohl ein zureichender Grund die Relation des Eides, wenn ſie an ſich ſtatthaft iſt, in dem hier vorliegenden Fall auszuſchließen nicht vorhanden iſt. Dagegen ſcheint Gewiſſensvertretung, die am Ende doch nur durch testes nescientes geführt werden könnte, mit Recht ausgeſchloſſen, Rivin. §. 8. Berger Oec. I. l. not. 8.; a. M. ſind jedoch Carpzov p. III. c. 8. def. 41. Harpprecht VIII. §. 4. 31. Richter l. l. n. 19. 29. Süptitz §. 23.; vgl. überhaupt Barth diss. 423. n. 1. 2. 3. Gottſchalk a. a. O. §. 3. 4.

§. 752.

3) Wenn ein Vermächtniß einer piae caussae [a]) hinterlaſſen worden iſt, ſo bedarf es zu deſſen Gültigkeit keiner Zeugen [b]), ſondern es iſt ſchon hinreichend, wenn man nur in des Erblaſſers Nachlaſſe eine von ihm ſelbſt geſchriebene oder unterſchriebene Verordnung, auch unverſiegelt, findet, mithin, daß ſolche des Teſtirers Willensmeinung enthalte, hinlängliche Gewißheit vorhanden iſt [c]). Auch ſind ſolchen Falls die Obrigkeiten verbunden, ſobald ſie von einer ſolchen Anordnung Nachricht erhalten, ſolches der milden Stiftung anzuzeigen und vor Berichtigung des Vermächtniſſes keine Erbtheilung zu geſtatten [d]). Sonſt gelten in Anſehung der legata ad p. c. relicta, abgeſehen von einigen im Folgenden vorkommenden Befreiungen [e]), auch in Anſehung der Anordnung derſelben, die auf Vermächtniſſe überhaupt ſich beziehenden Beſtimmungen [f]).

a) Vgl. oben §. 429. 742. Marezoll in Linde's Zeitſchr. 6. Kritz Rechtsf. I. 5. V. 4. Mühlenbruch in der Fortſ. der Glückſchen Pand. XLII. §. 1479. S. 140. Pfeiffer pract. Ausführ. II. 10.

b) Böhmer, in der oben ad §. 742. angef. Schrift cap. I. §. 9—12.

Pufendorf I. obs. 142. Doch iſt man allerdings nach gem. und älterm ſächſ. Recht nicht durchgehends einverſtanden. Carpzov p. 3. c. 4. def. 33. und die daſ. angef. ältern Rechtslehrer, Zoller. obs. singulares. L. 1773. n. 2.

c) Berger Oec. II. 4. 9. not. 3. - Hommel obs. 232. Wiesand. obs. jur. rom. et sax. sp. XI. in opusc. pag. 127. Daraus hat man denn auch gefolgert, 1) daß das, was in einem test. parentum inter liberos einer p. c. hinterlaſſen worden iſt, gültig ſey; ſ. oben §. 745. not. a. 2) Daß auch legata ad p. c. in test. imperfecto relicta gelten; vgl. Böhmer l. l. I. §. 13. Rösler dec. I. 24. n. 1. §. 26. n. 3., nur muß in Anſehung des Legats ſelbſt voluntas perfecta vorliegen; vgl. §. 725. not. a.

d) Gen. v. 16. Sept. 1746. C. A. C. I. 1. S. 362. und dazu Kritz Rechtsf. I. 5. §. 3. Ueber das gemeine Recht Böhmer l. l. cap. 1. §. 22.

e) Vgl. über die wahren und vermeintlichen Vorrechte der legata ad pias caussas die angef. Abhdl. von Böhmer. Im Allgemeinen iſt hier nur noch zu bemerken, daß die Regel dem Beſtehen des Legats durch Interpretation zu Hülfe zu kommen, ganz beſonders hier Anwendung findet. Böhmer l. l. §. 25. 26. Ueber die Freiheit der piae caussae vom Erbſch.-Stempel in Sachſen vgl. Gen. v. 15. April 1830. GS. n. 13. p. 41. Ueber die poena inficiationis, welche den oneratus trifft, der ein leg. ad p. c. dolose in Abrede ſtellt, vgl. §. 26. I. de act. E. P. O. XVI. 3. Horn. cl. VII. resp. 30.

f) Böhmer l. l. cap. 1. §. 8. Schmidt Abh. I. 45. Doch ſoll eine in väterlicher Gewalt befindliche Perſon consensu patris Vermächtniſſe ad piam caussam hinterlaſſen können; Böhmer l. l. §. 15.

§. 753.

Betrachten wir den Gegenſtand der Vermächtniſſe, ſo iſt hierbei A) überhaupt zu bemerken, I. daß derſelbe etwas hinreichend Beſtimmtes, oder doch nach den Regeln einer zuläſſigen Interpretation Beſtimmbares ſeyn muß [a]); II. daß der Gegenſtand eines Vermächtniſſes ſowohl Sachen als Leiſtungen, die bloß in faciendo beſtehen, ſeyn können [b]). Was insbeſondere Sachen betrifft, ſo können A) nicht nur ſolche Sachen vermacht werden, welche ſchon gegenwärtig exiſtiren, ſondern auch ſolche, welche künftig exiſtiren werden [c]). Allemal aber wird vorausgeſetzt, daß die Sache im menſchlichen Verkehr ſey, widrigenfalls das ganze Vermächtniß unnütz, und der Erbe auch nicht einmal deſſen Werth

zu bezahlen ſchuldig ſeyn würde [d]); wenn hingegen das Hinderniß bloß von Seiten des Legatars vorhanden iſt, und dieſer ſeiner perſönlichen Verhältniſſe wegen die vermachte Sache nicht beſitzen kann [e]), ſo iſt der Erbe den Werth derſelben zu erlegen verbunden [f]). B) Sowohl körperliche als unkörperliche Sachen können vermacht werden [g]). Zu den letztern gehören z. B. Servituten, Schuldforderungen ꝛc.

a) l. 69. §. 4. D. de I. D. l. 71. D. pr. de leg. 1. l. 2. D. de reb. dub. Roßhirt I. 4. 3. §. 8. S. 329. Ueber die verſchiedene Art und Weiſe, wie Gewißheit hergeſtellt werden kann, vgl. Majans. de leg. incerto §. 5—13. in deſſen diss. II. n. 69. Eine Anwendung der allgemeinen Grundſätze wird insbeſondere bei den legatis nominis, liberationis und debiti vorkommen.

b) Vgl. M. G. Lichtwer. de factis legatis. Viteb. 1748. Die Verpflichtung des oneratus kann daher ebenfalls, wie andre Verpflichtungen, ſowohl in dando als in faciendo beſtehen. Die Frage, wie mehrere ad faciendum verpflichtete onerati gehalten ſind, iſt hier wie dort zu beantworten, l. 85. D. de V. O. Vorausgeſetzt werden natürlich erlaubte, mögliche und hinlänglich beſtimmte Handlungen, l. 27. D. de C. et D. Beiſpiele von factis legatis ſind: Herſtellung eines opus, §. 21. I. de leg. Erziehung, l. 12. D. de leg. 3. l. ult. D. de alim. leg. Andre Fälle, die mit dem legat. rei Verwandtſchaft haben, ſind: die Verordnung ein Darlehn zu geben, l. 108. §. 15. D. de leg. 1. l. 11. §. 15. D. de leg. 3. Kauf oder Verkauf einer Sache, l. 66. D. de leg. 1. der Fall der l. 9. D. de lib. leg. l. 114. §. 14. D. de leg. 1., welche auch als Beiſpiele eines factum negativum dienen können. Merkwürdig iſt, daß nach l. 40. §. 8. D. de leg. 3. aus einer Anordnung des Teſtirers, daß der Erbe oder Legatar einen Dritten adoptiren ſolle, dieſer Dritte kein Klagrecht gegen den oneratus erlangt, fideicommissum ratum non est, heißt es in dem Geſetz; womit aber freilich nicht auch zugleich geſagt iſt, daß auch die poena privationis, welche der Teſtirer für den Fall der Contravention ausgeſprochen hat, unbeachtet bleibe. Ob ein Erbe oder Legatar von dem Teſtirer verpflichtet werden könne, ſeine Kinder zu emancipiren, wird verſchieden in den Geſetzen beantwortet, l. 114. §. 8. D. de leg. 1. l. 92. D. de C. et D.; vgl. Roßhirt II. 3. §. 1. S. 127.

c) §. 7. I. de legat. l. 24. §. 1. D. de leg. 1. l. 17. pr. D. de leg. 3. Ein ſolches Legat gilt als bedingt, l. 1. §. 3. D. de C. et D. l. 25. §. 1. D.

d) §. 4. I. ibid. l. 39. §. 8. 9. 10. l. 40. D. de leg. 1. Es iſt zu bemerken, daß res commercio exemtae, von denen in den an-

gezogenen Geſetzen die Rede iſt, zugleich als res alienae in Bezug auf den Teſtirer angeſehen werden müſſen, und daß namentlich die §. 4. I. u. l. 39. D. erwähnten ſolche ſind, von denen der Teſtirer wußte oder wiſſen mußte, daß ſie res alienae waren. Ein Beiſpiel von Sachen, die, obgleich dem Teſtirer zugehörig, als commercio exemtae nicht legiret werden können, ſ. l. 41. §. 1. seq. D. de leg. 1.

e) z. B. wenn einem Juden ein Grundſtück vermacht wird; vgl. jedoch I. §. 311.

f) l. 40. l. 114. §. 5. D. de legat. 1. Püttmann de legato rei, cuius commercio legatarius destituitur, in Adversar. L. I. cap. 3. Andere Rechtslehrer hingegen halten ein ſolches Vermächtniß für unnütz, z. B. Heineccius Pand. P. V. §. 128. Walch controv. jur. civ. p. 190. u. a. m.; vgl. beſonders l. 49. §. 2. D. de leg. 2. und über die verſchiedenen Verſuche, dies Geſetz zu erklären, den anſcheinenden Widerſpruch zwiſchen dieſem und den zuerſt angeführten Geſetzen zu löſen, J. J. Scherz de aestimatione rei extra commercium legatarii legatae. Arg. 1729. Hect. Berenger a Beaufin disp. ad l. 40. D. de leg. 1. in Branchü observ. ad jur. rom. pag. 193. seq. Ch. E. Francke (praes. Geisler.) de legato rei commercio exemtae. Viteb. 1788. Müller. ad L. obs. 593.; beſonders aber J. C. Ch. Glück ad fragm. Julii Paulli quod extat. l. 49. §. 2. D. de leg. 1. Roßhirt I. 4. 1. §. 2. Die Anſicht von Glück, daß l. 49. §. 2. allgemein, l. 40. hingegen von einer res, die nicht in commercio legatarii ſich befindet und zugleich res aliena iſt, ſpreche, hat allerdings am meiſten für ſich, dennoch bleibt aber auch hier unerklärlich, wie in dem Ausnahmsfalle, wo zweierlei Bedenken, der defectus commercii auf Seiten des legatarius, und das Eigenthum des Dritten dem legat. entgegenſtanden, die aestimatio legati präſtirt werden ſolle, die in der Regel nicht gefordert werden kann. Um dieſe inelegantia zu vermeiden, müßte man auch in l. 49. nicht die allgemeine Regel, ſondern ebenfalls nur die Beſtimmung für einen beſondern Fall, den Fall nämlich, wenn der Teſtirer die Verhältniſſe des Honorirten nicht kannte, annehmen. Daß in l. 40. scientia testatoris vorausgeſetzt werde, iſt zwar nicht ausgeſprochen, verſteht ſich aber wohl von ſelbſt, da ein legatum rei alienae überhaupt nicht gilt, wenn nicht der Teſtirer wußte, daß res aliena vorliege; vgl. den folg. §. Roßhirt a. a. O. S. 231. Demnach würde die in dem Text aufgeſtellte Meinung die richtige ſeyn und nur dann eine Ausnahme leiden, wenn der Teſtirer mit den Verhältniſſen unbekannt war. Am Ende liegt aber doch wohl ein wahrer dissensus ICtorum vor; vgl. Roßhirt a. a. O. Daß die vermachte Sache nicht in commercio des oneratus ſich befindet, ſteht der Gültigkeit des Vermächtniſſes nicht

entgegen, l. 49. §. 3. D. de leg. 2. Müller. ad L. obs. 593. S. 165. Daß der Teſtirer ſelbſt das commercium der legirten Sache nicht gehabt habe, läßt ſich, wenn man die Fälle ausſcheidet, in denen zugleich legatum rei alienae vorliegt, nur unter der Vorausſetzung annehmen, daß derſelbe in Anſehung des Befugniſſes zu veräußern beſchränkt geweſen ſey. Ein hierher gehöriger Fall, der indeß auch dem leg. rei alienae ziemlich nahe ſteht, wäre das legatum feudi, über welches zu vergleichen Leyſer sp. 380. m. 2. und dazu Müller obs. 594. Stryck us. mod. XXX. §. 15. Crell diss. utrum feudo legato ejus aestimatio debeatur. Viteb. 1743. in opusc. fasc. VII. n. 58. Overbeck IV. Med. 244. Im Allgemeinen iſt zu bemerken, daß, ſowie in andern Fällen, in denen ſtatt der legirten Sache aestimatio präſtiret werden ſoll, damit dieſes Statt finde, theils eine Sache, die einer Schätzung fähig iſt, theils die Abweſenheit von Umſtänden, welche auf eine entgegengeſetzte Anſicht des Teſtirers ſchließen laſſen, vorausgeſetzt wird; vgl. Roßhirt a. a. O. Uebrigens kommt, um zu beſtimmen, ob das Vermächtniß einer res in commercio non posita gültig ſey oder nicht, die regula Catoniana in Erwägung; Schweppe §. 882. 887. Roßhirt I. 4. 3. §. 22.; vgl. §. 902.

g) §. 21. I. de legat.

§. 754.

C) Der Teſtirer kann, wenn die Rede iſt von Sachen, die als species beſtimmt ſind, nicht nur ſeine eignen, ſondern auch fremde Sachen*) legiren. In dem letztern Falle gehört die Sache entweder dem Erben, oder dem Legatar, oder einem Dritten. α) Gehört die Sache dem Erben, ſo iſt er dieſelbe dem Legatar auszuliefern ſchuldig [a]). β) Gehört ſie dem Legatar ſelbſt, ſo iſt das Vermächtniß nur dann von Wirkung, wenn 1) daſſelbe unter einer Bedingung ausgeſetzt worden, und der Legatar noch vor Eintritt der Bedingung bei des Teſtirers Leben die Sache veräußert hat, oder ſonſt darum gekommen iſt [b]); 2) wenn der Legatar bloß ein widerrufliches Eigenthum daran hat [c]), oder 3) wenn er die Sache erſt nach Errichtung des Teſtaments bei des Teſtirers Lebzeiten gekauft, oder ſonſt titulo oneroso erworben hat, welchenfalls ihm der Erbe das Kaufgeld, oder den Werth der Sache erſetzen muß [d]). γ) Wenn endlich die fremde Sache einem Dritten gehört [dd]), und der Legatar beweiſen kann, daß der Teſtirer ſolches gewußt

hat, ſo muß der Erbe die Sache kaufen und dem Legatar ausantworten, oder ihm, wenn ſich der Eigenthümer derſelben dazu nicht verſtehen will, deren Werth bezahlen [e]). Wäre es hingegen erweislich, daß der Teſtirer nichts darum gewußt habe, daß die vermachte Sache einem Andern gehöre, ſo würde das Vermächtniß ohne Wirkung ſeyn [f]), ausgenommen, wenn der Teſtirer daſſelbe einer milden Stiftung, oder einem nahen Verwandten, oder ſeinem Eheweibe hinterlaſſen hätte [g]).

*) H. Cocceji de legato rei propr. et alienae. Frcf. 1701. und in deſſen Exerc. cur. II. 23. G. Majansius de legato rei alienae, in deſſen diss. I. 20. C. A. Gottschalk de legato rei alienae. L. 1800. Roßhirt II. 3. §. 4. 5. 6. 8. S. 136 ff. Res aliena darf nicht bloß negativ, als eine Sache, die dem Teſtirer nicht zugehört, definirt werden, ſondern ſie iſt poſitiv dahin zu beſtimmen, daß es eine Sache ſey, an welcher das Eigenthum einem Andern zuſteht. Daher Sachen, welche gar nicht im Eigenthum von Privaten ſeyn können, hier nicht in Frage kommen. Majanſ. §. 8. Gottſchalk §. 4. Dagegen ſind die hier vorgetragenen Grundſätze auch anwendbar auf den Fall, wenn die Sache nur theilweiſe Eigenthum des Teſtirers war, und derſelbe über die ganze Sache disponirt hat, l. 68. pr. D. de leg. 3.; obwohl in dubio anzunehmen iſt, daß der Teſtirer nur ſeinen Antheil legirt habe, l. 5. §. 2. l. 71. §. ult. D. de leg. 1. l. 30. §. 4. D. de leg. 3.; vgl. Majanſ. §. 13. Roßhirt II. S. 152. Der Fall, wenn das Eigenthum des Teſtirers an der legirten Sache auf andre Weiſe beſchränkt iſt, fällt in die Kategorie des folgenden §.

a) §. 4. I. de legat. l. 25. C. de fideic. Leyſer sp. 380. Gottſchalk §. 2. S. 11. Roßhirt a. a. O. §. 4. S. 136.

b) Gottſchalk §. 3. Roßhirt §. 5. S. 139. Ueber die sub 1. angeführte Ausnahme insbeſondere l. 41. §. 2. D. de leg. 1. l. 82. §. 1. ib. Iſt hingegen dem Legatar deſſen eigne Sache pure vermacht worden, ſo iſt das Vermächtniß vom Anfange an ungültig, und bleibt es auch, wenn gleich der Legatar noch bei des Teſtirers Lebzeiten die Sache veräußert hat, §. 10. I. de legat. Hofacker a. a. O. §. 1485. Ueber die ſcheinbar entgegenſtehende l. 1. §. ult. D. de reg. Caton. Gottſchalk S. 18. Ueberhaupt kann das legat. rei propriae als legatum liberationis beſtehen, wenn dem Teſtirer, dem honoratus oder einem Dritten Anſprüche auf die Sache zuſtehen, l. 39. §. 2. l. 71. §. 5. l. 86. pr. §. 4. D. de leg. 1. Schweppe §. 887. not. 5. Roßhirt II. 3. §. 5. S. 145. Weſtphal §. 157. 158.

c) l. 82. §. 1. l. 109. pr. D. de legat. 1. Gottſchalk l. l. S. 22.

d) §. 6. et 9. I. de legat. l. 108. §. 4. D. de leg. 1. Roßhirt S. 140. Gottſchalk §. 8., welcher übrigens S. 55. wegen l. 17. D. de O. et A. Gültigkeit des Legats auch dann annimmt, wenn der Legatar nach dem Tode des Teſtirers die legirte Sache titulo lucrativo erworben hat. Es kann übrigens auf dieſe Weiſe das Legat auch zum Theil ungültig werden, wenn der Legatarius einen Theil titulo lucrativo erworben haben ſollte. Gottſchalk S. 52. 53. Von dem Fall, wenn der Legatar zuerſt den Werth der legirten Sache erhalten hat, ſ. §. 6. I. de leg. und dazu Gottſchalk l. l. §. 9.

dd) C. Nettelbladt de re aliena legata, quae est res tertii. Hal. 1788. Gottſchalk §. 4. Roßhirt §. 6. S. 148. Ueber c. 5. X. de test. und daß in ſelbigen kein Verbot des legat. rei alienae enthalten ſey, ſ. Gottſchalk §. 7. Roßhirt S. 150. Auf das Wiſſen oder Nichtwiſſen von Seiten des Teſtirers kommt dagegen in dem Fall α) nichts an. l. 67. §. 8. D. de leg. 2. Gottſchalk §. 2. S. 13. Eben ſo wenig iſt es der Gültigkeit des Vermächtniſſes hinderlich, wenn der Teſtirer eine ihm eigenthümlich zugehörige Sache aus Irrthum als eine fremde vermacht hat, §. 11. I. de legat. Gottſchalk §. 5.

e) §. 4. I. de leg. l. 64. §. fin. D. de leg. 3. l. 10. §. ult. D. de auro arg. mundo leg. Was die Beweislaſt anlangt, vgl. d. §. 4. I. l. 21. D. de probat. Majanſ. §. 12. Gottſchalk §. 5. Roßhirt S. 149. Der Erbe iſt zunächſt verpflichtet, dem Legatar die Sache ſelbſt zu verſchaffen, etiamsi difficilis ejus paratio est; erſt wenn dieſelbe nicht zu erlangen iſt, wohin auch gehört, wenn der Eigenthümer immensum pretium fordert, l. 71. §. 3. D. de leg. 3., muß der honoratus mit dem Betrag des angemeſſenen Werths der Sache ſich abfinden laſſen; wogegen wider den oneratus, der nichts thut, um dem honoratus die legirte Sache ſelbſt zu verſchaffen, ob contumaciam das jusjurandum in litem eintritt, l. 14. §. 4. D. de leg. 3.; vgl. Majanſ. §. 5. Gottſchalk §. 6. Uebrigens kann res aliena auch bedingungsweiſe, wenn ſie in das Eigenthum des Teſtirers oder Erben gelangen ſollte, legirt werden, a. l. 9. 98. D. de leg. 1., vorausgeſetzt natürlich auch hier, daß von einer res in commercio posita die Rede iſt, l. 137. §. 5. D. de V. O. Majanſ. §. 8. Es fragt ſich nun, was Rechtens ſey, wenn die res aliena legata in dem Beſitz des Teſtirers ſich befunden hat und nach dieſem an den Erben oder oneratus gelangt iſt? Ausgemacht ſcheint, daß der honoratus Ausantwortung der Sache fordern, und der oneratus die Ausantwortung derſelben ſelbſt dann nicht verweigern könne, wenn er weiß, daß die Sache einem Dritten gehört; denn der Letztere hat,

abgeſehen von dem Fall, wenn er durch Ausantwortung der Sache in das Verhältniß desjenigen verſetzt werden ſollte, qui dolo possidere desiit, weder ein Recht noch eine Pflicht, die jura tertii wahrzunehmen. Natürlich wird aber der in dem Beſitz der res legata befindliche oneratus durch Ausantwortung der Sache nur dann befreiet, wenn der Teſtirer die legirte Sache als die ſeinige beſeſſen hat, weil bei dem legat. speciei der oneratus zur Gewährleiſtung nicht verpflichtet iſt, l. 77. §. 8. D. de leg. 2. N. 112. c. 1.; vgl. Handb. III. §. 1287. not. l. Daher muß in dieſem Fall der honoratus mit der Ausantwortung der Sache ſich begnügen; während in dem entgegengeſetzten Fall, wenn der Teſtirer die Sache als fremdes Eigenthum beſeſſen hat, ihm die Sache nicht aufgenöthiget werden kann, da er nicht gehalten iſt, dem Evictionsanſpruch des Eigenthümers ſich auszuſetzen.

f) d. §. 4. I.

g) l. 10. C. de legat. Berger Oec. II. 4. 24. not. 6. Schilter Ex. XXXIX. §. 107. Wernher p. IX. obs. 25. Pufendorf III. obs. 176. Doch iſt, was das leg. piae caussae relictum anlangt, a. M. Gottſchalk §. 10. Ueber einige andere aus l. 77. §. 8. D. de leg. 2. u. l. 72. D. ad Sct. Treb. abgeleitete Ausnahmen vgl. denſelben §. 11. Uebrigens iſt von den §. 785. erwähnten Rechtsmitteln in Anſehung des legatum rei alienae bloß act. personalis ex test. anwendbar. Gottſchalk §. 12.

§. 755.

Ein Gleiches findet Statt, wenn der Teſtirer zwar ſeine eigne, aber an einen Dritten verpfändete Sache Jemandem vermacht; denn auch in dieſem Falle iſt der Erbe nur dann verbunden, die Sache einzulöſen und dem Legatar auszuliefern, wenn Letzterer erweiſt, daß der Teſtirer um die Verpfändung gewußt habe [a]). Wäre jedoch die verpfändete Sache einer milden Stiftung, oder einer in naher Verbindung mit dem Teſtirer ſtehenden Perſon vermacht worden, ſo muß der Erbe ohne Unterſchied dieſelbe einlöſen [b]); dafern nicht etwa der Teſtirer die Einlöſung des Pfandes dem Legatar ausdrücklich auferlegt hat [c]).

a) §. 5. I. de legat. l. 57. §. 1. D. de leg. 1. l. 66. §. 6. D. de leg. 2. (über welche zu vergleichen Cujac. IV. obs. 25. J. Gothofredi animadv. jur. c. 13. in Otton. thes. III. p. 314. Sammt receptae lectiones ad Jauchium c. 19. Weſtphal I. §. 288. Roßhirt II. S. 161.) Majans. de leg. rei obligatae, in diss. I. 21. Roßhirt I. S. 496. II. 3. §. 9. S. 154.

Berger Oec. L. II. T. IV. th. 24. Wenn hingegen vom Teſtirer eine universitas, z. B. eine Heerde Vieh, vermacht worden, und einige Stücke davon verpfändet ſind, ſo muß ſolche der Legatar ohne Unterſchied einlöſen, arg. l. 15. D. de dote prael. Mühlenbruch im Arch. f. civ. Pr. XV. 18. §. 2. l. 77. §. 16. D. de leg. 2. Berger a. a. O. not. 7. (Der Satz iſt jedoch keinesweges ausgemacht und am allerwenigſten folgt er aus der angef. l. 15., über welche zu vergleichen Roßhirt a. a. O. S. 167.)

b) Arg. l. 10. C. de legat. l. 57. D. de legat. 1. Berger a. a. O. not. 6. Roßhirt a. a. O. S. 161.

c) §. 5. I. de legat. — Die in dem §. aufgeſtellten Grundſätze ſind auch auf den Fall anwendbar, wenn der Inhaber des Pfandrechts der oneratus war; vgl. Roßhirt a. a. O. S. 156.: doch ſcheint hier nach Analogie deſſen, was in dem vorhergehenden §. unter *α.* geſagt worden iſt, nicht einmal darauf etwas anzukommen, ob der Teſtirer den oneratus als Inhaber des Pfandrechts kannte oder nicht. Iſt der honoratus Inhaber des Pfandrechts, ſo iſt die Wirkung, daß das Pfandrecht aufhört, l. 45. D. de R. I., obſchon die Forderung in der Regel als fortbeſtehend anzunehmen iſt, l. 85. D. de leg. 2. l. 16. C. de legat. Majans. diss. l. §. 3. Roßhirt a. a. O. S. 157. Was andre Rechte betrifft, welche in Bezug auf die Sache zuſtehen, ſo iſt zu bemerken: 1) Prädialſervituten werden in der Regel nicht als etwas angeſehen, was der oneratus abzulöſen hat, l. 69. §. 3. l. 116. §. 4. D. de leg. 1. l. 60. §. 6. l. 76. §. 2. D. de leg. 2. 2) Was den ususfructus betrifft, den *α*) der oneratus hat, ſo muß dieſer den ususfr. dem honoratus überlaſſen, d. l. 76. l. 26. D. de leg. 2. Steht der ususfr. hingegen *β*) dem honoratus zu, ſo iſt das Vermächtniß, ſo weit daſſelbe den ususfr. betrifft, nach §. 754. sub *β.* zu beurtheilen; hat endlich *γ*) ein Dritter den ususfructus, ſo ſcheinen die in dem §. aufgeſtellten Beſtimmungen in Anwendung zu kommen; 3) perſönliche Anſprüche, welche auf die legirte Sache ſich beziehen, z. B. wenn der Teſtirer die legirte Sache früher verkauft, aber nicht übergeben hatte, l. 32. D. locati, hat der Erbe zu vertreten; er hat demnach den Dritten zu entſchädigen, wenn dem Legatar die Sache bereits ausgeantwortet worden wäre, und dieſem die aestimatio zu präſtiren, wenn jener die Sache erſtritten hätte; d. l. 32. 4) Von dem Vermächtniß ſolcher Sachen, an welchen dem Teſtirer nur ein ſogenanntes dominium utile zuſtand (vgl. §. 753. not. f.), iſt in den Geſetzen, wenigſtens in Beziehung auf die Frage nicht die Rede, ob und in wie weit der Onerirte dem Legatar die legirte Sache zum vollen Eigenthum zu verſchaffen gehalten ſey? Allein unſtreitig iſt die Frage zu verneinen und der Legatar mit dem Recht ſich zu begnügen gehalten, welches dem Teſtirer zuſtand; a. l. 116. §. 4. D. de leg. 1. j. l. 86. D. de

V. S.; vgl. Roßhirt a. a. O. S. 145. 154. ff., welcher jedoch ad γ. abweichende, wiewohl nicht hinlänglich begründete Anſichten hat. Wenn das ſogenannte dom. utile dem dominus directus legirt wird, ſo entſteht Conſolidation, l. 86. §. 4. D. de leg. 1.

§. 756.

B) Insbeſondere ſind vorzüglich folgende Vermächtniſſe hier zu bemerken: I. Das Vermächtniß einer Schuldpoſt, welche der Teſtirer bei einem Dritten zu fordern hat [a]) (legatum nominis). Zur Gültigkeit dieſes Vermächtniſſes wird erfordert: 1) das Daſeyn einer Schuldforderung, welche zur Zeit des errichteten Teſtaments ſchon wirklich exiſtirte [b]); 2) daß ſie zur Zeit, da der Teſtirer ſtarb, noch nicht auf irgend eine Weiſe erloſchen war [c]). Iſt nun ſolches der Fall, ſo iſt der Erbe die Forderung dem Legatar abzutreten ſchuldig [d]) und letzterer das Capital nebſt den, nach Ablauf des dreißigſten Tages ſeit des Teſtirers Ableben laufenden Zinſen zu erheben befugt [e]). Für die Gefahr aber braucht der Erbe nicht zu ſtehen [f]).

a) Z. Huber. de nomine legato, in deſſen diss. Amstelod. 1721. p. 532. Weſtphal von den einzelnen Vermächtnißarten §. 212. Aug. Gottfried Laurentius D. (praes. Chr. Gottl. Haubold) de legato nominis. Lips. 1793. in opusc. I. S. 497. Roßhirt II. 4. §. 3—12. Das Wort Schuldpoſt iſt nicht bloß in dem eigentlichen Sinn für Geldſchuld, ſondern in weiterer Bedeutung für jede, aus einem obligatoriſchen Verhältniß entſtehende Forderung zu nehmen, l. 6. D. de V. S., es iſt demnach gleichgültig, ob dem Forderungsrecht eine obligatio dandi oder faciendi entſpricht; l. 46. §. 3. D. de leg. 2., und man kann wohl mit Roßhirt a. a. O. §. 6. die Regel aufſtellen, daß Forderungsrechte, welche cedirt werden können, auch geeignet ſind, den Gegenſtand eines legati nominis zu bilden. Zu den Forderungen, die auf ein dare gerichtet ſind, gehört in sp. die Forderung ex emto auf Uebergabe einer erkauften Sache, l. 39. §. 3. D. de leg. 1., das Wiedereinlöſungsrecht einer verpfändeten oder verkauften Sache, A. Faber. cod. def. for. XVIII. 12., wenigſtens inſofern dieſes einen bloß perſönlichen Anſpruch begründet, denn außerdem ließe ſich annehmen, daß die Sache ſelbſt legirt worden ſey. Auch die caussa debendi kommt nicht in Betracht, wenn ſie überhaupt nur eine rechtsverbindliche iſt; daher auch Forderungsrechte ex delicto hierher gehören: Goeddaeus ad d. l. 6. Es können hiernächſt nicht nur einzelne Forderungen, ſondern auch eine Mehrheit von

Forderungen, die entweder nur als ein Aggregat mehrerer Einzeldinge, oder als etwas Gemeinſchaftliches, entweder nach der Perſon des Schuldners, vgl. die angef. l. 46. §. 1. D. quando dies leg., durch Aufzeichnung der Forderung in gewiſſe Handlungs- oder Haushaltungsbücher, durch Beſtimmung des Orts, an welchem die betreffenden Documente aufbewahrt werden, l. 88. pr. D. de leg. 2. l. 41. §. 6. l. 64. 102. D. de leg. 3. l. 27. §. 3. D. de instr. et inst., oder auf andre Weiſe Beſtimmtes betrachtet werden, Haubold §. 4. opusc. p. 539. Roßhirt §. 6. S. 245. Uebrigens iſt, um zu entſcheiden, quid censeatur legatum, der Todestag des Teſtirers zu berückſichtigen; vgl. Roßhirt a. a. O. Haubold §. 4. opusc. p. 526. Endlich können auch alle Außenſtände des Teſtirers den Gegenſtand des Legats bilden, l. 64. D. de leg. 3. Haubold §. 3. a. E. Es kann aber auch das legat. nominis ſich bloß auf die Zinſen eines Kapitals beziehen; vgl. §. 761. not. i. Was die Form des legatum nominis anlangt, ſo iſt zu bemerken, daß Vermächtniß des Schuldſcheins als legat. nominis gilt, l. 44. §. 5. D. de leg. 1. l. 59. D. de leg. 3. Schuldner kann übrigens auch der oneratus ſelbſt ſeyn, wobei die Frage entſteht, ob nicht durch die, vermöge Erwerbs der Erbſchaft herbeigeführte, confusio das Legat ſelbſt erlöſche? Es ſcheint jedoch auch hier, wie bei der in Folge eines Univerſalfideicommiſſes erfolgten Reſtitution der Erbſchaft, oder wie bei dem Verkauf der Erbſchaft die Wirkung der confusio wieder beſeitiget zu werden. Wird die Schuld eines bloßen Vermächtnißnehmers einem Dritten als Legat hinterlaſſen; ſo unterſcheidet ſich dieſer Fall nicht weſentlich von andern Fällen des leg. nominis, und es läßt ſich nicht annehmen, der Schuldner müſſe dafür, daß er an einen andern Gläubiger gewieſen wird, eine Entſchädigung durch den letzten Willen erhalten, wie Haubold §. 5. opusc. p. 542. aus l. 77. D. de leg. 1. folgert. Steht das nomen legatum einem Dritten zu, ſo gelten die Grundſätze über legat. rei alienae, und iſt der Schuldner der Vermächtnißnehmer, die des legat. liberat.

b) l. 75. §. 1. 2. D. de leg. 1. Haubold §. 2. Roßhirt §. 4. S. 233. Daß die Forderung zur Zeit des Todes bereits gefällig war, iſt nicht nöthig; vgl. l. 46. D. de leg. 2. und dazu Huber diss. l. Ueber das Vermächtniß einer ſtreitigen Forderung iſt zu vergleichen l. 3. C. de litig. N. 112. cap. 9. Der Erbe oder oneratus hat den Proceß fortzuführen, hat aber, wenn er unterliegt, nichts zu gewähren; Haubold §. 3. 8. opusc. p. 511. 554. Roßhirt §. 6. S. 239. §. 10. S. 263. A. M. iſt M. G. Wernher comm. ad Pand. lib. XXX—XXXII. §. 27.

c) d. l. 75. §. 2., §. 21. fid. leg.; vgl. auch den folgenden §.

d) l. 44. §. 6. l. 105. D. de leg. 1.; ingleichen mehrere andere bei

Mühlenbruch Ceſſion der Ford.=Rechte §. 37. II. not. 356. S. 406. ed. 3. angef. Geſetze Haubold §. 8. Roßhirt §. 6. S. 241. §. 7. S. 254. §. 10. S. 260. Dadurch iſt aber nach röm. Recht die Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen, auch ohne Ceſſion den Schuldner mit einer actio utilis zu belangen, l. 18. C. de legat. Haubold l. l. Roßhirt §. 7. S. 255. §. 11. Cedirt muß aber in der Regel werden die Hauptforderung mit den Acceſſionen, als dem Pfand und den Anſprüchen gegen die Bürgen, Haubold §. 8. opusc. p. 558. Roßhirt §. 6. S. 252. Indeß giebt es Fälle, in welchen ſtatt des Geſuchs um Ceſſion etwas Anderes verlangt werden kann: 1) die aestimatio nominis, wenn der honoratus zu den Perſonen gehört, denen das Forderungsrecht gegen den Schuldner nicht abgetreten werden kann; dies iſt wenigſtens die Meinung von Haubold §. 5. Roßhirt §. 10., welche dann die Grundſätze des Vermächtniſſes einer res extra commercium legatarii posita anwenden; 2) daß der oneratus ſelbſt klage und das durch die Klage Erlangte dem Legatar abtrete. Dies tritt ein in dem Fall, wenn nomen litigiosum vermacht worden iſt; vgl. not. b. Ferner in dem Fall der l. 75. §. 4. D. de leg. 1.; die l. 50. §. 2. D. de leg. 2., über welche zu vergleichen Roßhirt S. 258., ſpricht nicht von einem eigentlichen legato nominis. Dies ſcheint übrigens auch das, was zunächſt in dem Fall 1) verlangt werden kann; 3) unmittelbare Zahlung, wenn der oneratus ſelbſt der Schuldner war; vgl. not. a.

e) dec. 12. v. J. 1746. S. unten §. 782. Daß Zinſen, welche der Teſtirer ſelbſt erhoben hat, nicht in dem leg. nom. begriffen ſind, verſteht ſich von ſelbſt. Wegen der rückſtändigen Zinſen pflichtet beſonders Hommel obs. 457. der im §. aufgeſtellten Meinung bei; a. M. ſind wenigſtens nach gem. Recht Haubold §. 4. opusc. p. 530. Roßhirt §. 6. S. 250. Ueber den Fall, wenn bloß die Zinſen eines Hauptſtamms legirt worden ſind, Haubold §. 2. a. E. Roßhirt §. 6. VIII.

f) d. l. 44. §. 6. l. 103. l. 88. §. 8. D. de leg. 2. Haubold. §. 8. opusc. S. 555. Roßhirt §. 10. S. 262. Wenn hingegen der Erblaſſer Jemandem eine gewiſſe Summe vermacht, und dabei nur demonstrationis caussa einer Schuldforderung gedacht hat, von welcher die vermachte Summe bezahlt werden könnte, ſo würde der Erbe auch die Gefahr tragen müſſen, l. 96. pr. D. de legat. 1., obwohl in dieſem Falle das Vermächtniß nicht ſowohl für ein legatum nominis, als vielmehr quantitatis zu achten iſt. S. jedoch Leyſer sp. 392. m. 1. 2. Müller. ad L. obs. 611. Schmidt Abh. II. 85. Pütters Rechtsfr. T. I. Resp. 109. Haubold §. 8. opusc. S. 557. Wenn übrigens der legatarius gegen den Schuldner klagt, ſo hat er auch die Proceßkoſten zu tragen; und es können ihm hierbei, wie in andern

Fällen auch exceptiones entgegengeſtellt werden, die dem urſprünglichen Inhaber der Schuld entgegenſtanden. Haubold §. 8. in fin. Heben dieſe exceptiones die Forderung ganz oder zum Theil auf, ſo iſt dies ſo anzuſehen, als ob das Legat ganz oder zum Theil ungültig vom Anfang an geweſen oder ſpäterhin geworden ſey, l. 42. §. 1. D. de O. et A. l. 10. 55. D. de V. S.; vgl. mit §. 756. n. 1. §. 757. n. 3.

§. 757.

Das Vermächtniß einer Schuldforderung verliert ſeine Wirkung *): 1) wenn der Teſtirer des Schuldners Erbe wird [a]); 2) wenn er dem Schuldner die Schuld entweder vertragsweiſe, oder durch letztwillige Verordnung (leg. liberationis) erläßt [b]); 3) wenn der Teſtirer noch bei Lebzeiten die Schuld eintreibt [c]), dafern es nämlich in der Abſicht, dem Legatar hierdurch wiederum das Vermächtniß zu entziehen geſchehen iſt, widrigenfalls das Legat bei Kräften bleiben würde [d]).

*) vgl. Haubold §. 10. Roßhirt a. a. O. §. 12.

a) l. 21. pr. §. 1. D. de liberat. leg.

b) ibid. l. 88. §. 8. D. de legat. 2.

c) l. 21. I. de legat. l. 75. §. 2. D. de legat. 1. l. 11. §. 12. 13. D. de leg. 3. Unter Eintreiben iſt übrigens nicht gerade gerichtliches Eintreiben zu verſtehen; vielmehr wird legat. nom. auch durch eine von dem Schuldner freiwillig geleiſtete Zahlung in der Regel ungültig, l. 21. pr. D. de lib. leg.; vgl. Haubold a. a. O. opusc. S. 569. Dagegen ſoll bloße Einforderung ohne hinzugetretene Einhebung das Legat nicht aufheben, Haubold op. 570. Roßhirt S. 275. Auch hebt theilweiſe Einziehung das Legat nur zum Theil auf, und ein factum des Erben oder oneratus präjudicirt gar nicht, l. 21. §. 2. D. de lib. leg. Ein Gleiches findet Statt, wenn die Forderung bei des Teſtirers Lebzeiten durch Compenſation erliſcht. Arg. l. 21. pr. D. de liberat. leg. Ueber novatio Haubold §. 10. a. E. Roßhirt S. 274.

d) So z. B. würde das Legat bei Kräften bleiben, wenn der Teſtirer die Schuld bloß um deswillen, weil ſie bei dem Schuldner nicht mehr ſicher genug ſtand, eingetrieben, a. l. 11. §. 12. D. de leg. 3., oder, wenn er die beigetriebene Summe anderwärts wiederum ausgeliehen, l. 64. D. de leg. 3., oder bis an ſeinen Tod beſonders aufbewahrt hat, d. l. 11. §. 13. de leg. 3.; vgl. über dieſe und ähnliche Ausnahmen Cannegießer l. dec. 65. Overbeck III. Med. 139. Ueber die Eigenthümlichkeiten des Falles,

wenn ein debitum alternativum vorliegt, l. 50. §. 1. l. 76. D. de leg. 1., oder mehrere correi debendi vorhanden ſind, l. 13. pr. ib. muß das Nähere bei Haubold §. 4. opusc. p. 530. ff. Roßhirt §. 6. S. 242. 247. nachgeleſen werden.

§. 758.

II. Das Vermächtniß der Befreiung von einer Paſſivſchuld (leg. liberationis) [a]). Es ſetzt eine zur Zeit des errichteten letzten Willens beſtehende Schuld voraus [b]), ohne daß im Uebrigen die caussa debendi, das Object der Leiſtung [c]) oder die ſonſtige Beſchaffenheit der Schuld [d]) in Betracht kommt. Eben ſo wenig iſt in Anſehung des honorirten Schuldners, der auch der Erbe ſeyn kann [e]), etwas Beſonderes zu bemerken. Der Zweck dieſes Legats iſt entweder Aufhebung des Schuldnexus, was nicht nur auf die ganze Schuld, ſondern bei theilbaren Schulden auch auf einen Theil derſelben ſich beziehen kann [f]); oder eine ſonſtige zu Gunſten des Schuldners beſtimmte Beſchränkung des Forderungsrechts [g]). Hiernach iſt denn auch die Wirkung des Legats eine verſchiedene [h]). Es verliert aber daſſelbe die eine wie die andere Wirkung, wenn das Schuldverhältniß bei Lebzeiten des Teſtirers aufgehoben worden iſt [i]), wovon bloß in Anſehung bedingter Forderungen eine Ausnahme gilt [k]).

a) §. 13. I. de leg. I. 1. pr. l. 3. pr. D. de lib. leg. Weſtphal über einzelne Vermächtnißarten §. 149—211. Glück und Geiger Rechtsf. I. 2. §. 1—3., Gottſchalk disc. III. 2. Roßhirt II. 4. §. 13—16. Auch die not. i. angeführte Crellſche diss. enthält eine ziemlich ausführliche Darſtellung der Natur dieſes Legats.

b) l. 75. §. 2. D. de leg. 2. l. 25. D. de lib. leg. Beide Geſetze ſtimmen in Anſehung des im Text vorgetragenen Satzes überein, allein ſie ſcheinen ſich zu widerſprechen in Anſehung der Entſcheidung für den Fall, wenn der Teſtirer das Object oder die Quantität der angeblichen Schuld ausgedrückt hat. Hier entſtand die Frage, ob nicht die ausgedrückte Sache oder Quantität der eigentliche Gegenſtand des Legats, und die Bezeichnung derſelben als Schuld eine falsa demonstratio, mithin (§. 755.) der Gültigkeit des Legats unſchädlich ſey? Dieſe Frage, die in dem erſten Geſetz beſtimmt verneint wird, ſcheint dagegen in dem letztern im Allgemeinen bejahet zu werden; vgl. G. Beyer de liberat. ab indebito, in deſſen opusc. L. 1723. n. 8. E. Otto de liberatione

ab indebito legata, in Oelrichs N. Thes. III. 2. n. 8. C. O. Rechenberg Irenicum Paulli et Ulpiani l. 25. D. de lib. leg. et l. 75. D. de leg. 1. L. 1727. Averan. interpr. V. 22. Glück u. Geiger a. a. O. §. 4. ff. Overbeck VIII. Med. 432. Weſtphal §. 194. L. Arndts ad l. 25. D. de lib. leg. Berol. 1825. Roßhirt a. a. O. §. 15. 16. Indeß iſt ein wahrer Widerſpruch zwiſchen beiden Geſetzen ſchwerlich anzunehmen, vielmehr in l. 25., wie in l. 75. der Satz anerkannt, daß ein legat. liber. von einer Nichtſchuld nicht beſtehe, wenn auch Object oder Quantum ausgeſprochen worden ſey. Paullus (in l. 25.) ſucht dies aber zu beweiſen, indem er von dem Satze ausgeht, es könne die falsa demonstratio nichts nützen, wenn man dergleichen auch annehmen wollte, in dem Fall, wenn das Vermächtniß dahin lautete: centum vel Stichum, quos mihi debet Titius heres damnas esto non petere; weil hier der legatarius nur eine exceptio erhielt. In dem Fall, wenn geſagt iſt, centum vel Stichum, quos mihi Titius debet, heres damnas esto dare; falle zwar dieſes Argument weg, weil hier der Erbe zu etwas Poſitivem, einem dare, verpflichtet ſcheine; da aber dieſes dare nicht abſolut, ſondern mit Bezug auf debitum zu nehmen ſey, und in dieſer Beziehung die angezeigten Worte der Wirkung nach völlig identiſch ſeyen mit den zuerſt angeführten, wie in dem Eingange bevorwortet worden war, ſo könne auch hier auf die Annahme einer falſchen demonstratio kein Gewicht gelegt werden. Aus dem Satz, daß das legatum eines debitum, welches zur Zeit des errichteten Teſtaments nicht exiſtirt, ungültig ſey; auch wenn eine Summe angegeben worden iſt, folgt, daß 1) wenn ein wahres debitum hinterlaſſen worden iſt, die zugleich angegebene Summe aber mehr beträgt, als die Schuld, das Legat nur auf den Betrag der wahren Summe beſtehe, l. 7. §. 2. D. de lib. leg.; 2) das Vermächtniß auf Schulden, die erſt nach errichtetem letzten Willen contrahirt werden, nicht zu beziehen iſt; obwohl dies nicht auf die ſpäter in Rückſtand gelaſſenen Zinſen erſtreckt werden darf, l. 28. §. 6. Ob im Uebrigen auch ein debitum futurum Gegenſtand des Legats ſeyn kann, l. 28. §. 1. 2. l. 31. §. 5. ib.; vgl. auch den Fall bei Gottſchalk diss. III. 2. p. 39. Inzwiſchen gilt doch auch hier eine Ausnahme, wenn eine andere Willensmeinung des Teſtirers nachzuweiſen iſt, wie in dem Fall, wenn die Abſicht des Teſtirers dahin geht, zwei Vermächtnißnehmer A. u. B. gleichzuſtellen, und er dem Einen eine gewiſſe Summe rein, dem Andern die Liberation von einer angeblichen zu demſelben Betrag angegebenen Schuld legirt; vgl. Roßhirt S. 288. Alles das bisher Bemerkte iſt zwar nur von dem Fall geſagt, wenn der Teſtirer ſelbſt Gläubiger war; es ſcheint jedoch unbedenklich, daſſelbe auch in dem Fall anzunehmen, wenn das Forderungsrecht einem Dritten zuſteht.

c) l. 1. pr. l. 8. §. 7. D. de lib. leg.; vgl. Weſtphal §. 161—184. Unter den verſchiedenen Arten der Forderungen, deren in dieſer Beziehung Erwähnung geſchieht, iſt auszuzeichnen A) die Forderung aus dem Kaufcontract, wegen Uebergabe der verkauften Sache, l. 26. §. 7. D. de cond. ind.; B) die Forderung, welche auf Reſtitution eines indebitum gerichtet iſt; dies ſcheint wenigſtens der Sinn der l. 24. D. de leg. 3., bei welcher man freilich die Ungenauigkeit des Ausdrucks, welcher creditor mit indebitum zuſammenſtellt, überſehen muß. C) Die Forderung auf Rechnungsablegung. Wegen der letztern Art des legat. liberat. verdient bemerkt zu werden: a) es enthält daſſelbe in der Regel keine Befreiung von der Pflicht, die etwanigen Beſtände, ingleichen die auf das verwaltete Geſchäft Bezug habenden Urkunden, die auf die Rechnung Bezug habenden Bücher nicht ausgeſchloſſen, herauszugeben, l. 23. 28. §. 4. l. 31. §. 1. 2. D. de leg. lib. Ausnahmen enthält d. l. 28. §. 7. 9.; vgl. G. v. Teiſterband Bilderdyk. obs. II. 25. b) Eben ſo wenig befreit eine ſolche liberatio von der Pflicht, einen nachgewieſenen dolus zu gewähren, l. 9. 20. §. 1. D. de lib. leg. l. 41. D. de adm. tut. Eine Ausnahme macht l. 28. §. 3. D. de lib. leg., in Anſehung des Vaters, welcher die Vormundſchaft ſeines Sohnes geführt und deshalb Rechnung abzulegen hat. Ein ſolcher Fall wird h. z. T. ſchwerlich vorkommen; es ſcheint aber, als ob man dieſelbe Ausnahme auch zu Gunſten der Mutter, wenn dieſe die Vormundſchaft über ihr Kind geführt hatte, anwenden könne.

d) Hier iſt der Fall zu erwähnen, in welchem dem Forderungsrecht eine alternative Verpflichtung des Schuldners entſpricht, und das Legat die Befreiung von einer der in Wahl ſtehenden Leiſtungen enthält. In dieſem Fall tritt Liberation von der ganzen Verpflichtung ein, l. 7. §. 1. D. de lib. leg.

e) Einen ſolchen Fall erwähnt l. 26. D. de lib. leg.; der Gläubiger iſt hier ein Dritter, der zur Entſchädigung mit einem Legat bedacht worden iſt. Wäre der Teſtirer ſelbſt Gläubiger geweſen, ſo könnte ein ſolches legat. liberat. nur bei dem Daſeyn mehrerer Miterben in der Form eines Prälegats vorkommen.

f) l. 7. pr. D. de lib. leg. Daß eine ſolche Aufhebung des Schuldners eben ſo wohl in der Form: do, lego, quae Titius debet; als in der Form eines Verbots, ne petatur a Titio, wenn das Verbot nur allgemein ausgedrückt (in rem conceptum) war, ausgeſprochen werden konnte, ſ. l. 8. §. 2. l. 25. pr. D. de lib. leg.

g) Dahin gehört namentlich die Beſtimmung, daß die Schuld binnen einer gewiſſen Zeit nicht eingefordert werden ſolle. Dieſe Zeit iſt entweder eine beſtimmte oder eine unbeſtimmte; l. 8. §. 1. 2. l. 20. D. de lib. leg. Dahin würde auch gehören, wenn für eine

auf einmal verfallende Schuld Zahlungsfriſten angeordnet würden. Eben ſo, wenn ein Verſtärkungsmittel der obligatio, Pfand (l. 1. §. 1. D. de lib. leg.) Wechſel, poena conventionalis in Wegfall gebracht wird.

h) Wenn das Legat Aufhebung des Schuldnexus bezweckte, ſo iſt dies ein Fall, in welchem nach römiſchem Recht von dem Gläubiger eine acceptilatio (die Statt fand, auch wenn nur ein Theil der Schuld erlaſſen ward, l. 9. D. de acceptil.) gefordert werden konnte. In dem entgegengeſetzten Fall fand ein ſolches Suchen nicht Statt, und namentlich reichte, wenn eine bloße liberatio ad tempus angeordnet worden wäre, ein pactum de non petendo hin, um den Schuldner zufrieden zu ſtellen. Daher drücken die Römer die verſchiedenen Fälle des legat. liberat. aus, indem ſie unterſcheiden, daß der Schuldner bald durch acceptilatio, bald durch ein bloßes pactum de non petendo befreit werden könne. Doch hatte in jedem Fall der honorirte Schuldner eine exceptio doli, l. 3. §. 2. D. de lib. leg., und wenn zugleich von einer poſitiven Leiſtung, wie Ausantwortung einer Urkunde, Rückgabe des Pfandes, die Rede war, die actio personalis ex test. Daß mit völliger Aufhebung des Schuldnexus auch Erlaß der bis zu dem Todestage in Rückſtand gelaſſenen Zinſen ausgeſprochen iſt, ward aus l. 28. §. 6. D. lib. leg. ſchon oben bemerkt. Eben ſo fallen dann die accessiones der obligatio weg, wie das Pfand und die Bürgſchaft; vgl., was Letztere betrifft, l. 5. pr. D. de lib. leg. Sind mehrere Mitſchuldner vorhanden, und nur einer oder einige mit dem legato liberat. bedacht worden, ſo wird in der Regel angenommen, daß nur die Honorirten befreit worden ſeien, in Anſehung der Uebrigen aber der Schuldnexus fortbeſtehe, den Fall ausgenommen, wenn die in nexu debili Verbleibenden, wegen des von ihnen Gezahlten, einen Regreßanſpruch an den Liberirten haben, weil außerdem für dieſen der Vortheil des Legats verloren gehen würde. In dieſem Ausnahmefall iſt daher der Schuldnexus aufzuheben, und es können demnach hier die Mitſchuldner, wenn gleich in dem letzten Willen nicht genannt, ebenfalls als legatarii angeſehen werden, l. 3. §. 3. 4. 5. l. 5. pr. D. lib. leg. Es verſteht ſich indeß, daß die für den Bürgen ausgeſprochene liberatio dem Hauptſchuldner nichts nütze; vgl. d. l. 5. §. 1. Von dem Fall, wenn einem unter mehrern Vormündern die Rechnungsablegung erlaſſen worden iſt, l. 31. §. 3. D. de lib. leg. l. 41. D. de adm. tot. Von der Pflicht, Rechnung abzulegen, werden die contutores nicht befreiet. Eben ſo wenig von der Pflicht, den durch unterlaſſene accusatio suspecti entſtandenen Schaden zu vertreten, wenn der Fall ſo geeignet iſt, daß ſie deshalb keinen Regreß an dem Liberirten haben, z. B. wenn derſelbe, wie in d. l. 41. angenommen wird, nicht solvendo iſt.

i) l. 7. §. 5. l. 21. D. de lib. leg. Insbeſondere durch Zahlung; H. H. ab Engelbrecht obs. select. forens. ad Maevii opus decis. obs. 123. Ueber theilweiſe Extinction des Legats durch theilweiſe Zahlung, l. 24. 31. pr. ib. Daß eine von dem Schuldner unaufgefordert geleiſtete Zahlung das legat. liberat. ungültig mache, ſcheint allerdings aus l. 20. pr. D. de lib. leg. zu folgen. A. M. iſt a. l. 11. §. 13. D. de leg. 3. Crell diss. leg. liberat. solutione spontanea non extingui. Viteb. 1732. in coll. diss. fasc. 7. n. 52. und das daſ. angezogene responsum der Juriſten-Fac. zu Wittenberg; wo aber freilich bloß von dem Fall die Rede iſt, wenn dem Teſtirer ſelbſt als Gläubiger gezahlt worden war. Was übrigens in dieſer Beziehung von dem eigentlichen leg. liberat. gilt, das ſcheint nicht ohne Weiteres anwendbar auf den Fall, wenn eine Geldſumme mit der Anweiſung legirt worden iſt, daß der Betrag des Legats auf eine Schuld des Teſtirers abgerechnet werden ſolle; doch l. 11. §. 19. D. de leg. 3. macht die Sache allerdings zweifelhaft.

k) l. 7. §. 5. 7. D. de lib. leg.

§. 759.

Wenn man das leg. liberat. mit Rückſicht auf die Perſon des Gläubigers betrachtet, ſo iſt zu bemerken: A) wenn der Teſtirer ſelbſt der Gläubiger iſt, ſo wird α) ein Forderungsrecht vorausgeſetzt, das nicht ſchon an und für ſich ſelbſt durch den Tod aufhört[a]). Es kann hier β) liberatio, ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend legirt werden; das Letztere gilt, wenn der Schuldſchein legirt worden iſt[b]), nicht aber, wenn ein accessorium der Hauptſchuld, wie pignus, legirt worden ſeyn ſollte[c]). Was γ) die Aufhebung des Legats betrifft, ſo iſt zu bemerken 1) die bloße Mahnung oder Anſtellung der Klage auf Erfüllung der Verbindlichkeit hebt an ſich das Legat nicht auf, obwohl ſie den Umſtänden nach als ademtio legati gelten kann[d]), 2) vorausgeſetzt wird jeden Falls, daß die Zahlung mit Wiſſen des Teſtirers geleiſtet worden ſey[e]); obwohl, auch wenn dies der Fall ſeyn ſollte, das Legat unter gewiſſen Umſtänden bei Kräften bleiben kann[f]), 3) das, was nach dem Tode des Teſtirers von den Erben wegen Einziehung des Legats geſchiehet, iſt jeden Falls dem Legat unſchädlich[g]). Wenn B) dem Erben oder oneratus das Forderungsrecht zuſteht, ſo iſt auch hier die Regel zu beachten:

nemo plus est onerandus, quam est honoratus [h]); und die von dem Schuldner geleiſtete Zahlung hebt auch hier das Legat auf, ſobald ſie zu einer Zeit geſchah, zu welcher der Erbe von dem Legat nichts wußte [i]). Iſt endlich C) ein Dritter Inhaber der Forderungsrechte, ſo verdient bemerkt zu werden, α) daß, wenn auch objektiv nur ein Legat vorhanden iſt, doch ſowohl der Schuldner als der Gläubiger als Legatar angeſehen wird, von denen Jeder gegen den Erben ex test. auf Bezahlung oder Liberation klagt [k]), β) daß der Schuldner gegen den von dem oneratus abgefundenen Gläubiger eine Exception hat, auch den oneratus zur Vertretung aufzufordern berechtigt iſt [l]), γ) daß die vor dem Ableben des Teſtirers erfolgte Abtragung der Schuld in der Regel auch hier das Legat wegfallen macht [m]). Ein beſonderer hierher gehöriger Fall iſt 1) wenn ein Hauptſchuldner ſeinem Bürgen die Befreiung von der unternommenen Bürgſchaft [n]); oder 2) der Teſtirer einem Schuldner die dem Gläubiger des Letztern verpfändete Sache legirt [o]).

a) Wie dies der Fall ſeyn würde, wenn z. B. der Teſtirer den ususfructus der ihm an einer dem Legatar zugehörigen Sache zuſtand, legirt hätte, vgl. jedoch l. 3. §. 3. D. de leg. 3.

b) l. 3. §. 1. 2. D. de lib. leg. Ein anderes Beiſpiel eines leg. liberationis tacite relicti enthält l. 7. §. 3. ib.; vgl. Glück und Geiger Rechtsf. I. 3.

c) l. 1. §. 1. D. de lib. leg.

d) vgl. über dieſen Punct vornehmlich Gottſchalk a. a. O. pag. 30 ff. A. M. ſcheint Roßhirt a. a. O. S. 283.

e) l. 31. pr. D. de lib. leg. l. 26. §. 7. D. de cond. ind.

f) Hierher ſcheinen die Fälle der l. 11. §. 12. 13. D. de leg. 3. zu gehören; vgl. auch Gottſchalk a. a. O.

g) l. 24. l. 7. §. 5. l. 21. §. 2. D. de lib. leg.

h) Wenn alſo der oneratus weniger empfangen hat, als ſeine Forderung an den Legatar beträgt, ſo kann natürlich auch nur theilweiſe Liberation von der Schuld eintreten; vgl. l. 70. §. 2. D. de leg. 2. Elvers juriſt. Zeitung Jahrg. 1828. n. 17. S. 66.

i) Hätte dagegen der Erbe wiſſend, daß dem Schuldner Liberation legirt worden ſey, die Schuld eingezogen, oder auch nur angenommen, wie dies namentlich nach erfolgter Publication des Teſtaments vorausgeſetzt werden muß, ſo hätte der Legatar das Recht,

das Gezahlte als indebitum zurückzufordern, l. 24. D. de lib. leg., welche mit der angef. l. 26. §. 7. D. de cond. ind. keinesweges in Widerſpruch ſtehet; vgl. v. Bülow Abhandl. II. 13. Roßhirt a. a. O. S. 282.

k) l. 3. §. 5. l. 4. l. 28. §. 11. D. de lib. leg. Roßhirt S. 284.

l) d. l. 4. Roßhirt S. 285.

m) l. 7. §. 4. D. de lib. leg. ſpricht nämlich ganz allgemein. Auch würde dafür die Analogie des leg. nominis (vgl. §. 757.) ſtreiten, wenn man annehmen dürfte, daß leg. liberat. aus dem Geſichtspunct eines legatum nominis debitori relictum zu betrachten ſey; vgl. Arndts diss. all. p. 11. und dagegen Roßhirt S. 288.

n) l. 11. D. de lib. leg. Der Erbe muß hier den Bürgen entweder durch Zahlung an den Gläubiger oder anderweite annehmliche Sicherſtellung befreien.

o) a. d. l. 11.; vgl. auch Glück und Geiger a. a. O. §. 3.

§. 760.

III. Das Vermächtniß einer Paſſivſchuld, welche der Legatar ſelbſt an dem Teſtirer zu fordern hat (legatum debiti)[a]. Dieſes Vermächtniß kann nur dann einigen Nutzen gewähren, wenn der Gläubiger hierdurch in Abſicht auf ſeine Schuldforderung einen Vortheil erlangt, welchen er außerdem nicht gehabt hätte[b]. Wir bemerken hierbei: 1) wenn der Teſtirer Jemandem eine gewiſſe beſtimmte Summe unter dem Beiſatze, daß er ſie ihm ſchuldig ſey, vermacht hat, ſo gilt das Vermächtniß, wenn man auch gleich nicht ausmitteln könnte, aus welchem Grunde der Erblaſſer die Summe ſchuldig geworden[c]. 2) Hat der Teſtirer ſeinem Gläubiger eine Summe, gleich derjenigen, welche er ihm ſchuldig iſt, vermacht, ohne jedoch dabei zu gedenken, daß er ſie ihm ſchuldig ſey, ſo wird im Zweifel nicht vermuthet, daß er die Schuldpoſt durch das Vermächtniß habe compenſiren wollen[d], dafern nicht aus dem Teſtamente ſelbſt erhellt, daß ſolches die Abſicht des Erblaſſers geweſen ſey[e]; 3) wenn hingegen die Forderung nicht in einem Vertrage oder Contrakte, ſondern in der unmittelbaren Vorſchrift der Geſetze ihren Grund hat (wie z. B. die ſtatutariſche Portion der Witwe), ſo wird dieſelbe durch ein ſolches Vermächtniß für compenſirt geachtet[f]. Eine Eigenthümlichkeit dieſes Legats

iſt, daß der Legatar wegen deſſelben nicht belaſtet werden kann [g]).

a) Joh. Gottfr. Müller D. (praes. Chr. Rau) de legato debiti. Lips. 1788. Weſtphal a. a. O. §. 231—272. Roßhirt II. 4. §. 17—19. Wenn der Teſtirer nicht der Schuldner iſt, ſo iſt dies ein Fall der liberatio legata; vgl. §. 759. C.

b) §. 14. I. de legat. l. 11. l. 25. in fin. l. 28. §. 10. D. de liberat. leg. l. 28. §. 1. l. 29. l. 49. §. 4. D. de leg. 1. l. 66. pr. de leg. 2. l. 3. §. 2. D. de leg. 3. l. 5. D. ad l. Falc. Hierher gehört z. B. daß, wenn der Gläubiger ſeine Forderung nicht erweiſen könnte, das Vermächtniß für ein Anerkenntniß der Schuld zu achten iſt, oder, daß eine bedingte Schuld in eine unbedingte verwandelt wird, oder, daß eine Exception, welche ihm außerdem entgegenſtand, aus dem Wege geräumt wird ꝛc. Bauer. resp. 155. L. 1804. Die Frage iſt indeß nicht ſowohl, ob das legat. dem Gläubiger einen Nutzen gewähre, denn dies möchte wohl unter allen Umſtänden, weil man ſtatt eines Rechtsmittels zwei erlangen konnte, ferner nach Juſtinian. Recht, wegen der tacita hypotheca der Legatare, und wenn das debitum auf eine in dem Beſitz des Teſtirers bis zu deſſen Ableben befindlich geweſene species ſich bezieht, wegen des auf den Legatar übergehenden Eigenthumsrechts, ſowie bei einer unzinsbaren Geldſchuld wegen der Zinſen anzunehmen ſeyn; vgl. §. 782. 785.; ſondern, ob das Legat wirkſam, d. h. deshalb ex testam. zu klagen möglich ſey? Die bejahende Beantwortung dieſer Frage iſt beſonders vertheidigt worden von L. G. Martini an legatum debiti puri creditori absque interusurio relicti utile ac validum sit. Altorf. 1672. hauptſächlich wegen l. 28. §. 1. D. de leg. 1. und weil die Regel eadem res ex pluribus caussis deberi potest, in Beziehung auf Legate nicht aufgehoben ſey. Die entgegengeſetzte Beantwortung der Frage ſcheint jedoch die den oben angeführten Geſetzen angemeſſenere, wenn man gleich in einzelnen Fällen wohl nicht ganz außer Acht ließ, ob die act. personalis ex test., wenn ſie Statt fände, dem Gläubiger vor der bisher zuſtändigen einen Vortheil von einiger Bedeutung gewährte; vgl. l. 28. D. de leg. 1. l. 11. D. de lib. leg. Müller diss. l. §. 8. Roßhirt S. 302. Daß übrigens auch, wenn der Gläubiger die act. personalis ex test. nicht erlangte, dennoch unter gewiſſen Umſtänden das Legat als leg. liberationis beſtehen konnte, lehrt l. 7. §. 3. D. de lib. leg. l. 49. §. 4. §. 6. D. de leg. 1. Dieſe Anſicht hat auch Juſtinian d. §. 14. I. zu der ſeinigen gemacht, obgleich ſchon früher l. 1. C. comm. leg. die tacita hypotheca der Legatare eingeführt worden war; und ſie muß als gültig auch noch h. z. T. angenommen werden. Dem gemäß würde das leg. einer unzinsbaren Geldſchuld

ganz gewiß als gültig auch in Rückſicht auf den Gläubiger anzuſehen ſeyn. Ob auch das legat. einer species, in Anſehung deren dem Gläubiger nur ein perſönliches Recht zuſtand, kommt auf die Umſtände an, da ſich nicht ohne Weiteres behaupten läßt, daß die rei vindicatio nützlicher ſey, als eine auf Ausantwortung der Sache gerichtete perſönliche Klage. In Anſehung der beſondern Vortheile, wegen deren das leg. debili als gültig auch in Beziehung auf den Gläubiger angeſehen wird, iſt zu bemerken 1) was conditio, dies, modus betrifft, durch welche die urſprüngliche Schuld beſchränkt war, l. 29. D. de leg. 1. l. 14. D. de lib. leg.; α) das legat. bleibt gültig, wenn auch ſchon bei Lebzeiten des Teſtirers die Bedingung eingetreten iſt, d. §. 14. I. l. 5. D. ad l. Falcid. Die entgegengeſetzte Meinung wird vertheidigt wegen l. 82. pr. D. de leg. 2.; vgl. Lyclama Membran. VII. 7. Faber. conject. IV. 12. Müller diss. I. §. 6. Weſtphal §. 265—267. Roßhirt §. 19.; β) wenn ein auf die angegebene Weiſe beſchränktes debitum, ohne Beifügung dieſer Beſchränkung, hinterlaſſen wird, ſo iſt anzunehmen, daß die Beſchränkung erlaſſen worden ſey, Müller §. 6.; γ) wenn bei einem debitum sub die der dies wegfällt, ſo iſt gleichwohl nicht das bloße commodum repraesentationis Gegenſtand des Legats, ſondern der Gläubiger kann die ganze Schuld ex testam. fordern, l. 82. pr. D. de leg. 2. l. 5. D. ad l. Falc. Müller §. 7. Roßhirt §. 17.; 2) das legat. beſteht auch dann, wenn bei einer obligatio alternativa, bei welcher dem debitor die Wahl zuſtand, dem Gläubiger eins der Schuldobjecte pure hinterlaſſen wird, Müller §. 7. 3) Eben ſo iſt das legat. gültig, wenn über das legirte Object Streit zwiſchen dem Gläubiger und Schuldner beſtand, l. 13. l. 30. D. de lib. leg. l. 28. pr. D. de leg. 1. Doch kommt dabei die Erſparung der Proceßkoſten allein nicht in Anſchlag, wenn der Schuldner keinen rechtmäßigen Widerſpruch gegen die Forderung hatte.

c) l. 25. 28. §. 14. D. de liberat. leg. l. 75. §. 1. D. de legat. 1. l. 88. §. 10. de legat. 2. Hierbei iſt noch zu erwähnen 1) der Fall, wenn der Teſtirer dasjenige legirt hat, was er aus dem Teſtament eines Andern dem Legatare zu gewähren hatte, l. 66. pr. D. de leg. 2. Hat der letzte Teſtirer ſich nicht beſtimmt ausgeſprochen, daß ſeine Dispoſition nur eine Vollziehung der Dispoſition des frühern Teſtirers ſey, ſo iſt es quaestio voluntatis, ob ein doppeltes Legat vorliege? Doch würde, wenn das Object des Legats eine species wäre, dem honorirten Gläubiger, der ſolche Prätenſionen machen wollte, die l. 17. D. de O. et A. entgegengeſtellt werden können; obwohl auch in dieſem Fall das Streben der Juriſten auf Erhaltung des Legats ſichtbar iſt. Einen ähnlichen Fall, in welchem der Teſtirer aus einem vorhergehenden Teſtament verpflichtet worden iſt, eine ihm beſchiedene Sache einem

aus ſeiner Familie zu hinterlaſſen, den er erwählen kann, enthält l. 67. pr. D. de leg. 2. Wenn der Teſtirer in ſeinem letzten Willen denjenigen benennt, der die Sache erhalten ſoll, ſo gilt dies nicht als leg. debiti. 2) Das legat. debiti fällt weg, wenn der Gläubiger von dem lebenden Teſtirer die Schuld eingezogen hat; vgl. Weſtphal Rechtsgutachten n. 60. b. §. 8—10.

d) l. un. §. 3. C. de rei ux. act. Berger Oec. II. IV. 25. 4.

e) l. 85. D. de legat. 2. Ein hierher gehöriges Beiſpiel führt Winkler ad Bergerum I. c. an. Ueber die Beweislaſt vgl. l. 12. D. de probat.

f) Auth. Praeterea C. unde vir et ux. Carpz. P. III. c. 13. d. 29. n. 6. Berger a. a. O. Leyſer Sp. 393. m. 3. 4. Den hier angeführten Rechtslehrern pflichten unter den Aeltern auch H. Piſtor qu. II. 4. u. obs. n. 105. Berlich. p. III. concl. 27. u. II. dec. 123. Brunnemann dec. II. 223. bei. Allein die Unterſcheidung zwiſchen debitum voluntarium und necessarium iſt im höchſten Grad willkührlich; daher ſind mit Recht der Meinung, daß der im §. sub n. 2. aufgeſtellte Satz im Allgemeinen gelten müſſe, Moller semestr. III. 25. die Verfaſſer der Conſultat. tom. III. p. 2. qu. 23. bei Mindan. III. 82. n. 3. Schilter. ex. XXXIX. §. 19 seq. Stryck us. mod. XXX. §. 34. Cramer. obs. jur. univ. I. 308. J. G. Krause de leg. in debitum haud compensando. Viteb. 1737. F. Alef. de leg. cum debito haud compens. Heidelb. 1731. in deſſen dieb. acad. n. 24. H. G. Bauer. an leg. a debitore cred. relict. debiti compensati praesumt. inducat. L. 1762. Weſtphal Rechtsgutachten n. 60. b. §. 2. Overbeck IV. Med. 261. Schweppe §. 926. Mühlenbruch §. 743. Thibaut Pand. §. 906., der jedoch eine Ausnahme in dem Fall annimmt, wenn die Forderung des Gläubigers Reſciſſion einer Handlung des Teſtirers bezweckte. Die hier einſchlagenden Geſetze ſind, l. 22. §. 3. D. sol. matr. l. 25. D. de I. D. l. 84. §. 6. l. 123. D. de leg. 1. l. 34. §. l. 85. de leg. 2. l. 4. D. de dot. collat. l. 16. C. de legat.; vgl. Roßhirt §. 18. und unten §. 764. Inzwiſchen iſt dennoch in Sachſen durch Erbgeſ. §. 79—83., in Anſehung der Succeſſion der Ehegatten angenommen worden, daß der Ehegatte, welcher ein, vertragsweiſe oder durch letzten Willen, ihm aus dem Nachlaß des verſtorbenen Ehegatten beſchiedenes Emolument annimmt, in der Regel keinen weitern Anſpruch auf den geſetzlichen Erb- oder Pflichttheil habe.

g) Nach der Regel nemo plus est onerandus etc. Daher findet auch Abzug der Q. Falcid. nur inſofern Statt, als der Legatar neben der Schuld einen pecuniären Vortheil erhält, l. 1. §. 10. l. 5. D. ad l. Falcid. l. 67. §. 1. D. de leg. 1. Böhmer Rechtsf. I. n. 10.

§. 761.

IV. Das Vermächtniß von Leiſtungen, welche in gewiſſen beſtimmten Zeitabſchnitten, Jahren, Monaten, Wochen wiederkehren [a]). Die eigenthümliche Natur eines ſolchen Vermächtniſſes beſteht darin, daß es als ein legatum multiplex, als eine Summe mehrerer Legate, von denen jedes einzelne dem beſtimmten Zeitabſchnitt angehört, betrachtet wird [b]). Dieſe Eigenſchaft, durch welche daſſelbe von einem einfachen in mehrern Terminen zahlbaren Legat ſich unterſcheidet [c]), äußert ihren Einfluß beſonders in Anſehung des dies cedens (§. 778.) und namentlich der davon abhängenden Transmiſſion des Legats auf die Erben des Legatars [d]). Das Legat für den erſten Zeitabſchnitt gilt als purum [e]), während die übrigen durch den Umſtand bedingt ſind, daß der Legatar den Eintritt des beſtimmten Zeitabſchnitts erlebe [f]). Die einmal verfallene Leiſtung gilt aber als ein untheilbares Ganze, welches ſofort klagbar iſt [ff]) und auf die Erben übergeht, auch wenn der Legatar während des Laufes des begonnenen Zeitabſchnitts verſterben ſollte [g]). Beſondere Modificationen für dieſe Art der Legate entſtehen theils durch die Natur der Leiſtungen, je nachdem ſie in Geldzahlungen oder Naturalien beſtehen [h]), theils durch Anweiſung der Quelle, aus welcher die Leiſtungen beſtritten werden ſollen [i]), theils endlich durch den Zweck, zu welchem die Leiſtungen beſchieden worden ſind [k]).

a) Leyſer sp. 383. Weſtphal a. a. O. §. 105—148. Roßhirt II. 2. §. 15. 16. Daß nicht eben Gleichförmigkeit der Leiſtungen erforderlich iſt, l. 11. D. quando dies leg. Auch wird bisweilen das jährlich als ſtillſchweigend beigefügt angenommen, l. 17. pr. l. 20. §. 1. l. 23. 24. D. de ann. leg.

b) l. 4. 11. D. de adn. leg. l. 10. 11. 23. D. quando dies leg. l. 1. §. 16. D. ad l. Falc. Anders iſt dies, wenn jährliche Leiſtungen durch Vertrag verſprochen worden ſind, l. 16. §. 1. D. de V. O. Hier iſt una stipulatio, die auf einmal verfällt, und wenn ſie verfallen iſt, unbedingt auf die Erben übergeht.

c) Hierher gehört der Fall, wenn ein Ganzes annua, bima, trima die zu präſtiren iſt. Auch hier iſt nur ein einziges, nur einmal verfallendes, und wenn es verfallen iſt, unbedingt auf die Erben übergehendes Legat; vgl. §. seq. not. a. l. 49. §. 2. D. de leg. 1.

l. 20. 26. D. quando dies leg. Weſtphal §. 141—148. Roßhirt §. 15. S. 99. Ueber die Regulirung der Tageszeiten, l. 3. D. de ann. leg. Hier läßt ſich auch anticipatio solutionis mit Berückſichtigung des interusurii denken; während bei eigentlichem leg. annuo nur Ablöſung vorkommt. Es iſt bisweilen quaestio facti, ob ein legat. annuum oder ein legat. annua, bima, trima die solvendum vorliegt, l. 12. §. 4. l. 20. 26. §. 2. D. quando dies leg. Eben ſo, ob eine einfache oder eine wiederkehrende Leiſtung vorliegt, l. 17. pr. D. de ann. leg. l. 58. §. 1. de usufr.

d) l. 12. pr. D. quando dies leg. Nach röm. Recht war dies auch von Wichtigkeit in Anſehung des jus capiendi von Seiten des Legatars, l. 8. 11. D. de ann. leg. l. 12. pr. l. 23. D. quando dies leg.

e) l. 4. 8. D. de ann. leg. l. 1. §. 16. D. ad l. Falc. l. 12. 20. D. qu. dies leg. Daher in der Regel für das erſte Legat dies cedit a morte testatoris.

f) d. l. 4. 8. l. 5. ib. l. 12. pr. §. 20. D. l. 1. C. qu. dies leg. Carpzov IV. resp. 62. Ueber die Nothwendigkeit einer Cautionsbeſtellung vgl. §. 787. Böhmer Rechtsf. I. 33. qu. 1.

ff) l. 2. 5. 8. D. de ann. leg. l. 12. 20. 26. §. 2. D. qu. dies leg. Berger Oec. II. 4. 26. n. 3.

g) l. 5. 8. D. de ann. leg. l. 20. qu. dies leg. Leyſer sp. 383. m. 4. Die Ausnahme, welche Berger l. l. für den Fall annimmt, wenn etwa der Teſtirer einen gewiſſen beſtimmten Tag, z. B. den Namens- oder Geburtstag, angeſetzt hätte, entbehrt jeder nähern Begründung, wenn man annimmt, daß, wie Berger vorausſetzt, der beſagte Tag nur der dies solutionis, alſo eigentlich der dies veniens ſey (§. 778.). Wäre der Namens- oder Geburtstag als der dies cedens, oder der Tag, mit welchem der Zeitabſchnitt beginnt, anzuſehen, ſo fiele die Ausnahme mit der Regel zuſammen.

h) Bei Geldzahlungen kann die Veränderung der Münzſorten in Betracht kommen; vgl. über dieſen Punct J. G. Bauer pr. L. 1754. in deſſen opusc. I. n. 19. G. T. G. Klügel de quantitate annua in piae caussae favorem legata; certa quamvis simul assignata sorte, immutabili. Viteb. 1799. §. 5. seq. Bei Naturallieferungen iſt es dagegen der Marktpreis, welcher bisweilen in Betracht kommt; Gottſchalk disc. I. c. 14. 15.

i) l. 12. 21. pr. §. 4. 5. D. de ann. leg. Roßhirt S. 163. Von den auf ein Grundſtück angewieſenen Leiſtungen ſ. unten §. 769. Geldzahlungen können auf die Zinſen eines Kapitals angewieſen werden. Die Hauptfrage, welche hier vorkommt, was Rechtens ſey, wenn die angezeigte Quelle nicht hinreicht, um die angewieſenen Leiſtungen zu decken, wird weiter unten beantwortet

werden. Hier iſt nur, was die auf Kapitalien angewieſenen Geldpräſtationen betrifft, zu erwähnen, 1) die beſtimmten Leiſtungen dürfen nicht vermindert werden, wenn das Kapital, auf deſſen Zinſen verwieſen worden, legiret und durch den Abzug der qu. Falcidia vermindert worden iſt, l. 21. §. 1. D. de ann. leg. Daß die Zinſen eines ſolchergeſtalt angewieſenen Kapitals auch nicht zu andern Zwecken, z. B. zu Bezahlung von Erbſchaftsſchulden, zum Nachtheil des Legatars verwendet werden können, ſ. l. ult. D. de usufr. leg. Böhmer Rechtsf. I. 33. qu. 2. 2) Was iſt Rechtens, wenn das angewieſene Kapital gar nicht exiſtirt? Hier ſind jeden Falls die Grundſätze des leg. nominis (§. 756.) anzuwenden. Eine Ausnahme würde gelten in dem Fall, wenn ſich nachweiſen ließe, daß der Teſtirer die Abſicht zu Gunſten des Legatarius das erwähnte Kapital anzulegen, gehabt habe, und an Ausführung dieſer Abſicht durch den Tod verhindert worden wäre. Man vgl. einen hierher gehörigen merkwürdigen Rechtsfall in zu Rhein und Sartorius Samml. merkw. Rechtsfälle Bayerns. Erlangen 1830. I. 1. II. 2. Der Teſtirer hatte einer Perſon die Zinſen eines, angeblich bei einer Gemeinde angelegten, Kapitals mit der Beſtimmung angewieſen, daß die Zinſen von der legataria auf Lebenszeit gezogen, nach deren Tode aber der genannten Gemeinde zur Verwendung ad pios usus zufallen ſollten. Es fand ſich kein ſolches Kapital vor; nichts deſto weniger ward der Erbe beſchieden, der legataria die Zinſen eines ſolchen Kapitals zu gewähren. Dies hatte die Folge, daß nach Ableben der legataria die genannte Gemeinde mit dem Anſpruch auf Auszahlung des Legats zum Behuf der angezeigten Verwendung auftrat. Auch hier ward der Erbe verurtheilt.

k) Dahin gehört das legat. alimentorum (§. 771.), das legat. ad studia prosequenda; vgl. auch l. 6. D. de ann. leg. l. 16. D. de usufr. leg. Die Stipendien, welche unbeſtimmten Perſonen hinterlaſſen werden, ſind zwar allerdings wiederkehrende Leiſtungen, auf welche, inwiefern ſie einer beſtimmten Perſon wirklich conferirt worden ſind, die Grundſätze von legat. annuis angewendet werden können; im Allgemeinen ſind ſie aber den legatis annuis doch nicht gleichzuſtellen; vgl. Leyſer sp. 383. m. 3. 4. sp. 391. m. 2. 3. Müller ad L. obs. 589. — Verſchieden von ſolchen leg. annuis iſt das Legat, welches bezweckt, dem Legatar gewiſſe jährliche Einkünfte zu verſchaffen, wie das leg. tribus vel tesserae, l. 49. §. 1. D. de leg. 2. l. 35. pr. D. de leg. 3., militiae l. 11. §. 16. l. 102. §. 3. D. de leg. 3.; vgl. Weſtphal Darſtell. der Rechte v. Legaten u. Fideic. I. §. 206. 214. ff. F. C. Chr. Glück in der §. 753. not. f. angef. diss. §. 15. 34. Roßhirt II. 3. §. 1.

§. 762.

Das Vermächtniß jährlicher Einkünfte hört wiederum auf: 1) mit des Legatars Tode [a]), dafern nicht der Teſtirer daſſelbe ausdrücklich auch auf deſſen Erben erſtreckt hat [b]), oder das Vermächtniß einer Gemeinheit oder milden Stiftung hinterlaſſen worden iſt, in welchem letztern Falle daſſelbe unablöslich fortdauert [c]); 2) durch die Verjährung, dergeſtalt, daß, wenn dergleichen jährliche Abentrichtungen binnen 31 J. 6 W. 3 T., oder, dafern ſie einer milden Stiftung gebühren, 40 Jahre lang nicht gefordert worden, auch ſelbſt das Recht auf die zukünftigen Präſtationen erloſchen iſt [d]); 3) wenn der Teſtirer ſelbſt verordnet hat, daß das Vermächtniß nach Ablauf einer gewiſſen Zeit, oder bei dem Eintritt eines gewiſſen Ereigniſſes wiederum aufhören ſolle [e]); 4) wenn der Beweggrund, um deſſen willen das Vermächtniß ausgeſetzt worden, hinwegfällt [f]).

a) l. 4. 8. 12. 18. D. de ann. legat. Etwas Anderes iſt es, wenn der Teſtirer Jemandem überhaupt eine gewiſſe Summe vermacht, und dabei zur Erleichterung des Erben verordnet hat, daß dieſelbe in gewiſſen Terminen abgezahlt werden ſolle, welchenfalls nach des Legatars Tode deſſen Erben die noch etwa rückſtändigen Termingelder zu fordern allerdings berechtigt ſind, l. 20. pr. de ann. leg. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 26. n. 8. Ueber den Fall, wenn von mehrern Percipienten eines leg. annui einer ſtirbt, vgl. Simon und Strampf Entſcheid. der preuß. Gerichtsh. II. 33.

b) l. 22. C. de legat.

c) l. 46. §. 9. C. de episc. et cl. l. 6. l. 20. §. 1. l. 23. 24. D. de ann. leg. Berger a. a. O. not. 5. Klügel diss. l. §. 6.

d) Conſt. 2. P. II. Doch ſteht den milden Stiftungen noch 4 J. lang das benef. rest. in integr. zu C. 5. p. II. Die c. 2. ſpricht bloß von jährlichen Zinſen und Präſtationen, welche aus einer Zuſage oder einem Contract ihren Urſprung haben. Nach gem. Recht iſt für alle Arten wiederkehrender Leiſtungen das Gegentheil anzunehmen, l. 7. §. ult. C. de praest. 30. l. 40. ann.; vgl. über dieſen Punct Excurſe III. S. 30. ff. Roßhirt S. 111. Beſchränkung der Beſtimmung der angez. Conſt. iſt durch das Geſ. v. 6. Novbr. 1843. (GS. n. 63.) §. 28. u. die dazu gehörige V. v. 15. Febr. 1844. (GS. n. 9.) §. 14. in Anſehung der in die Grundbücher eingetragenen Präſtationen ausgeſprochen worden.

e) l. 17. l. 22. l. ult. D. de ann. Doch hört in der Regel auch

vor Ablauf der beſtimmten Zeit das Legat wegen des Todes des Legatars auf, l. 18. pr. D. de ann. leg.

f) l. 10. l. 13. pr. et §. 1. D. eod. Hofacker a. a. O. §. 1489. Die angeführten Geſetze liefern freilich für den aufgeſtellten Satz nur einen ſchwachen Beweis. Indeß läßt ſich gleichwohl im Allgemeinen nicht bezweifeln, daß, wenn der Beweggrund des Teſtirers zugleich auf Errichtung eines gewiſſen möglichen Zweckes gerichtet und das Legat als Mittel zur Erreichung dieſes Zweckes angeordnet worden war, das Legat wegfällt, ſobald dieſer Zweck nicht zu erreichen iſt; §. 777., und es verſteht ſich von ſelbſt, daß auch hier nicht etwa eine Verwendung zu andern Zwecken ſubſtituirt werden darf. Eine Ausnahme zu Gunſten von milden Stiftungen nimmt an Bauer. resp. 23. L. 1793. Eben ſo wird das Legat wegfallen, nachdem der beabſichtigte Zweck bereits erreicht worden iſt, wie dies namentlich in dem Fall eintreten würde, wenn die Leiſtungen der Erziehung oder studiorum caussa hinterlaſſen worden ſind, und erſtere beendet worden iſt, letztere abſolvirt worden ſind; a. M. iſt Leyſer sp. 383. m. 5., man ſehe aber dagegen Müller ad L. obs. 590. Der terminus ad quem wird freilich in ſolchen Fällen nicht überall leicht zu beſtimmen, bei dem legat. studiorum caussa aber jeden Falls in dubio der Zeitraum anzunehmen ſeyn, welcher geſetzlich zu Erlernung eines Handwerks, einer Kunſt oder Wiſſenſchaft vorgeſchrieben iſt. Doch fällt bei Stipendien ſolchen Falls nicht das Legat ſelbſt, ſondern nur das Perceptionsrecht eines beſtimmten Individuums weg. Findet aber die oben angenommene Vorausſetzung nicht Statt, ſo ſchadet es dem Legatar nicht, wenn er ohne ſein Verſchulden außer Stand geſetzt worden iſt, der Anordnung des Teſtirers zu gnügen, ſondern es iſt hier das, was von Poteſtativ-Bedingungen und modus gilt, welche zu erfüllen per legatarium non stetit, zu beachten; vgl. l. 10. pr. l. 13. pr. §. 1. l. 20. pr. D. de ann. leg. l. 20. §. 3. D. de alim. leg. Verſchuldete Nichterfüllung kann dagegen Verluſt des Legats herbeiführen, l. 21. §. 3. D. de ann. leg. — Außerdem kann das leg. ann., wenn es in den Zinſen eines Kapitals beſteht, wegfallen, wenn der Teſtirer bei ſeinen Lebzeiten das Kapital eingezogen hat; vgl. §. 757.

§. 763.

V. Das Vermächtniß des Nutzungsrechts einer Sache [a]). Hier bemerken wir nur Folgendes: 1) Wird Jemandem der Nießbrauch der geſammten Verlaſſenſchaft vermacht, ſo werden auch die Zinſen der außenſtehenden Schuldforderungen darunter begriffen [b]). 2) Iſt Jemandem ein Grundſtück eigenthümlich, einem Andern aber deſſen Nießbrauch vermacht

worden, ſo hat der Proprietar keinen Theil am Nieß=brauche [c]).

a) l. 24. l. 37. D. de usu et usufr. et reditu. Moritz Gottfried Bauer D. de legato ususfructus. Lips. 1795. Roßhirt II. 3. §. 11. Das Nähere verſparen wir bis zu der Lehre von dem usufr.

b) d. l. 37. D. eod. l. 64. D. de leg. 3. Es verſteht ſich, daß hier die Schulden abzuziehen ſind, l. 43. D. de usufr. leg., über welches Geſetz zu vergleichen A. Faber. conject. I. 14. Noodt de usufr. I. 23. D. Herald. de rer. judicat. autor. I. 3. n. 14. Bynkershoek II. obs. 24. Dahin gehören denn auch die in dem Teſtament hinterlaſſenen Legate, H. Piſtor I. qu. 10. Carpzov p. III. c. 13. def. 7. Wie hiermit zu vereinigen ſey, daß nach den angef. Rechtslehrern, wenn neben dem ususfr. omnium bonorum, welcher dem Einen beſchieden worden iſt, ein Anderer den ususfr. an einer einzelnen unter jenen bonis begriffenen Sache erhalten hat, der ususfructus an letzterer beiden Nutznießern gemeinſchaftlich zuſtehe? das iſt freilich nicht wohl abzuſehen. Doch kann wohl noch gefragt werden, ob l. 19. 26. D. de usufr. leg., auf welche man ſich deshalb beruft, ganz hierher paſſen; da ſie von dem Fall ſprechen, wenn in Beziehung auf eine und dieſelbe Sache dem Einen die Sache, dem Andern der ususfr. legirt worden iſt. Bona futura ſind unter dieſem Legat nicht begriffen; a. l. 41. §. 4. D. de leg. 3. l. 37. D. de auro arg. leg. Ueber reditus patrimonii vgl. l. 22. D. de usufr. leg. Roßhirt II. 2. §. 15. S. 105.

c) Nach l. 19. D. eod. l. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. ſoll zwar in dieſem Falle dem Proprietar die Hälfte des Nießbrauchs zuſtehen. Daß aber dieſe Verordnung des röm. R. h. z. T. keinen Gebrauch mehr habe, zeigt Struben recht. Bedd. Th. V. n. 110. (n. 338. ed. 2.), obſchon Carpzov p. III. c. 13. def. 7. Leyſer Sp. 384. m. 3. Müller ad L. obs. 603. u. a. der entgegengeſetzten Meinung ſind. Die letztere Meinung ſcheint gleichwohl die richtigere, vgl. übrigens über d. l. 19. J. C. Knötzschker de usu mod. l. 19. D. de usu et usufr. leg. L. 1793. W. Francke obs. de legat. sp. 1. Jen. 1832. obs. 2. — Auch andre dingliche Rechte, l. 41. pr. D. de leg. 1. §. 21. I. de leg., ſowie ein ſogenanntes dominium minus plenum, können Gegenſtand des Legats werden; vgl., was letzteres betrifft, l. 71. §. 5. 6. l. 86. §. 4. D. de leg. 1. l. 1. §. 7. D. de superf. Von den Prädialſervituten als Gegenſtand des Legats iſt nichts Wichtiges zu bemerken, was mit der Natur der Legate in näherer Beziehung ſtände. Auch ein perſönliches Recht, z. B. ein Pacht, kann legirt werden, l. 30. §. 1. D. de leg. 3., in dem hier erwähnten Fall

blieb ſogar die Pflicht zu Entrichtung des Pachtgeldes auf dem oneratus haften.

§. 764.

VI. Das Vermächtniß einer Mitgift *). Dieſes iſt eigentlich nur ein bedingtes Vermächtniß, indem es der Regel nach nur in dem Falle zu entrichten iſt, wenn die Weibsperſon, welcher die Mitgift vermacht worden, ſich verheirathet [a]), mithin, wenn ſie unverheirathet ſtirbt, auch nicht von ihren Erben gefordert werden kann. Doch leidet ſolches eine Ausnahme: 1) wenn Eltern ihrer Tochter die Mitgift vermachen, welchenfalls das Vermächtniß als der ihr gebührende Pflichttheil betrachtet wird, wenn es auch gleich deſſen eigentlichen Betrag überſteigen ſollte [b]); 2) wenn die Verheirathung der Weibsperſon nicht ſowohl als Bedingung, ſondern als der Zahlungstermin des Vermächtniſſes feſtgeſetzt worden [c]), in welchem Falle ihre Erben, wenn ſie unverheirathet ſtirbt, daſſelbe nach ihrem Tode noch fordern können [d]).

*) Legatum dotis constituendae; vgl. C. Nettelbladt de leg. dotis constituendae. Hal. 1750. Weſtphal §. 273—283. Haſſe Güterrecht der Eheleute I. Kap. 5. Roßhirt II. 4. §. 20. 21. Ein ſolches Legat kann ſowohl von dem Vater der in das Ehebündniß tretenden Perſonen, als auch von Andern hinterlaſſen werden; für den erſtern Fall ſind in den Geſetzen gewiſſe Beſtimmungen ausgeſprochen, in Anſehung deren ſich allerdings zweifeln läßt, ob man ſie auch als gültig für den zweiten Fall anerkennen könne? Und dieſe Zweifel werden um ſo erheblicher dann, wenn von einer dos, welche der Vater einer Tochter beſtellt hat, die Rede iſt, weil hier, wegen der Verpflichtung des Vaters ad filiam elocandam, das legat. dotis die Natur eines debiti legali hat. Folgendes verdient bemerkt zu werden: 1) Das Legat kann ſowohl dem Mann als der Frau hinterlaſſen werden. Wem es aber auch hinterlaſſen werde, immer erlangen nur beide Theile Vortheil, wenn nicht etwa für den Fall der Trennung der Ehe Rückfall der legirten dos an eine dritte von dem Geber beſtimmte Perſon ausgeſprochen worden iſt. Unbedingt erlangt der Mann den Vortheil, welchen er an jedem Einbringen der Frau hat; die Frau dagegen erhält, vorausgeſetzt, daß Rückfall der dos nicht gültiger Weiſe bedungen worden iſt, das Eigenthum an der dos, vgl. l. 77. §. 9. D. de leg. 2. Daher ſcheint hier ebenfalls ein Fall vorzuliegen, in welchem zwei Legatarien vorkommen, wenn gleich nur eine Per-

ſon ausdrücklich bedacht worden iſt; und dies ſpricht l. 71. §. 3. D. de C. et D. namentlich für den Fall aus, wenn für eine verheirathete Tochter dem Schwiegerſohn die dos legirt worden war. Uebrigens kann das legat. constituendae dotis auch in der Form eines Prälegats hinterlaſſen werden, wenn einer der Honorirten zugleich Miterbe iſt, l. 29. D. de I. D. ſcheint für den Fall si marito dos legatur, das Gegentheil, aber doch wohl nur dann, wenn eine beſtimmte von dem Vater der Ehefrau dem Ehemann geleiſtete Zuſage vorhergegangen iſt, auszuſprechen. 2) Was das leg. dotis, welches der Vater der Tochter hinterläßt, anlangt, ſo iſt α) wie gedacht, daſſelbe eine Art des legat. debiti, und daraus folgt, daß wenigſtens in Anſehung der dos filiae legata Mangel in der Angabe einer beſtimmten Summe der Gültigkeit des Legats nicht entgegenſteht, l. 43. D. de leg. 3. j. l. 69. §. 4. D. de I. D. Leyſer sp. 386. Müller ad L. obs. 604., obwohl nach dem letztern Geſetz auch eine weitere Ausdehnung dieſes Satzes ſich vertheidigen laſſen dürfte. A. M. iſt indeß M. G. Wernher comm. ad Pand. XXIII. 3. §. 1. 3. β) Merkwürdig iſt das Verhältniß, in welchem ein von dem Vater ohne nähere Beſtimmung hinterlaſſenes Legat mit der der Tochter gebührenden dos ſteht. Hier ſcheint allerdings das für leg. debiti im Allgemeinen nicht anerkannte Princip zum Grunde zu liegen, daß von Seiten der Tochter nicht beides zugleich, Legat und dos, verlangt werden könne, wenn nicht ein entgegengeſetzter Wille des Vaters nachzuweiſen iſt; l. 29. D. de I. D. l. 22. §. 3. D. sol. matr. l. 11. C. de legat.; vgl. §. 760. J. B. de Ludewig consil. Halens. I. 99. 3) In dem Fall, wenn das leg. const. dotis dem Manne hinterlaſſen worden iſt, kann die Frage aufgeworfen werden, von welchem Zeitpunct an die dos rückſichtlich der Frau für conſtituirt zu achten ſey? eine Frage, die indeß nach neuerm ſächſ. Recht, wegen Aufhebung der tacita hypotheca dotis viel an ihrer Bedeutſamkeit verloren hat; vgl. l. 48. §. 1. D. de I. D. l. 69. §. 2. D. de leg. 1. l. 71. §. 3. D. de C. et D. Haſſe Güterrecht der Eheleute I. §. 88. Roßhirt a. a. O. §. 20. S. 310.

a) l. 21. et 41. §. 1. D. de jure dot. Berger Oec. II. IV. 13. 6. u. II. IV. 26. 1. ſ. oben T. I. §. 118. Dieſer Punct iſt jedoch keineswegs unbeſtritten. Der von dem Verf. vertheidigten Anſicht pflichten bei P. Heigius I. qu. 31. Carpzov p. III. c. 17. def. 25. und mehrere daſ. angeführte ältere Rechtslehrer. A. M. iſt dagegen Stryck us. mod. XXXIII. 4. §. 5. Nettelbladt diss. l. §. 15. seq. Struben rechtl. Bed. V. 103. (55. ed. 2.) Canngießer dec. 305. Weſtphal a. a. O. §. 276. Alle dieſe nehmen das leg. dotis constituendae in der Regel als ein legatum sub modo relictum, das gegen Cautionsbeſtellung ſofort zahlbar iſt, und nur erſt, wenn der modus nicht erfüllt worden iſt,

zurückgefordert werden kann; vgl. l. 71. §. 3. D. de C. et D. und über dies Geſetz Weſtphal §. 275. 276. Haſſe Güterrecht der Eheleute I. §. 89.; vgl. einen Rechtsfall in dem J. W. II. n. 9.; n. 24. 33.

b) l. 32. C. de inoffic. test. Berger a. a. O.; vgl. über dieſes Geſetz Breuning. de utili dotis legato non contract. matr. L. 1779., welcher im Allgemeinen der im §. vorgetragenen Anſicht beipflichtet.

c) Arg. l. 5. C. Quando dies leg. ced.

d) Hommel Obs. 510. Winkler ad Bergeri Oec. II. IV. 13. 6. Ueber andre Ausnahmen vgl. Breuning diss. l. Struben und Canngießer a. a. O.

§. 765.

Von dieſem Vermächtniſſe iſt das Praelegatum dotis zu unterſcheiden, wenn nämlich der Ehemann ſeinem Weibe die Mitgift, welche ſie ihm zugebracht hat, vermacht[a]). Da das Eheweib dieſelbe nach des Mannes Tode ohnehin wieder zurückzufordern berechtigt iſt, ſo beſteht der Nutzen dieſes Vermächtniſſes darin[aa]): 1) daß des Mannes Erben die auf das Heirathsgut verwendeten Unkoſten (§. 125.) nicht abziehen dürfen[b]); 2) daß die Frau vom Beweiſe des wirklich eingebrachten Heirathsgutes (ſofern ſie nicht mit des Mannes Gläubigern zu thun hat) hierdurch befreit wird (§. 122.); 3) daß, wenn der Teſtirer ſeinem Weibe eine gewiſſe beſtimmte Summe, unter der Bemerkung, daß ſolches ihre eingebrachte Mitgift ſey, vermacht, ſie, ohne daß ihr deshalb der Beweis auferlegt werden darf, das Vermächtniß dennoch erhält, wenn ſie auch gleich ihrem Manne gar nichts zugebracht hätte[c]); 4) daß, wenn der Teſtirer ſeinem Weibe eine der zugebrachten Mitgift gleiche Summe vermacht, ohne jedoch der Mitgift, oder, daß ſie an deren Statt das Vermächtniß erhalten ſolle, zu gedenken, ſie ſowohl ihre Mitgift, als das Legat fordern kann[d]).

a) Vgl. Schilter Ex. XXXIX. §. 75—77. Weſtphal §. 289—325. Roßhirt II. 4. §. 23—25. S. 316. ff. Das praelegat. dotis, legatum dotis constitutae, iſt entweder ein legatum debiti, wenn die dos constituta wirklich inferirt, oder ein legat. liberationis bei einer dos promissa nondum illata l. 1. pr. §. 1. 7. D. de dote prael. Es führt nur uneigentlich den Namen praelegatum, wes=

halb auch in den Holoandriniſchen Ausgaben der Pandecten ſtatt *praelegatum*, *relegatum* geleſen wird; vgl. Roßhirt S. 316. Eine beſtellte dos kann aber legirt werden von dem, welcher die dos empfangen hat, gewöhnlich von dem Mann, aber auch von dem Vater des Mannes, wenn dieſem Namens des noch in väterlicher Gewalt befindlichen Sohnes die dos inferirt worden iſt, l. 7. D. de dote prael.; hinterlaſſen kann die dos werden von dem Manne bloß der Frau; von dem Vater des Mannes, wenn er die conſtituirte dos übernommen hat, ſowohl der Schwiegertochter, aber freilich nicht mit der Wirkung, daß ſie durante matrimonio die dos zurückfordern könnte, l. 1. §. 9. D. de dote prael.; als dem Sohn, d. l. 7. Stryck us. mod. XXXIII. 4. §. 4. Ueber das legat. iſt im Allgemeinen zu bemerken: 1) was die Bedingungen anlangt, unter welchen das Legat gültig erſcheint, ſo iſt erforderlich eine dos constituta, in Anſehung deren Verbindlichkeit zur Reſtitution nach erfolgter Trennung der Ehe Statt findet. Das Legat fällt daher weg, wenn die inferirte dos bereits reſtituirt worden iſt, l. 1. §. 5. D. de dote prael. oder aus einem andern Grund die obligatio ad restituendum wegfällt, was auch ein theilweiſes Erlöſchen zur Folge haben kann, d. l. 1. §. 6. In dem Fall, wenn der Ehemann der Frau das Legat hinterließ, wird erfordert, daß die dos an die Frau falle, l. 16. D. de dote prael. Das einer Frau, welche keine dos inferirt hatte, dotis nomine Legirte kann als ein gemeines Legat beſtehen, wenn eine derartige Abſicht des Teſtirers nachzuweiſen ſteht, l. 21. D. de leg. 2. Mit andern Legaten hat das praeleg. dotis gemein, daß der legatarius den Teſtirer überlebt haben muß: l. 8. D. de dote prael. l. 16. 17. D. de reb. dub. Die Erben der vor dem Teſtirer verſtorbenen Frau haben demnach wegen der dos keine actio personalis ex test.; obwohl es keinem Zweifel unterliegt, daß auch ihnen die dos als ein gewöhnliches leg. debiti hinterlaſſen werden könne. Anlangend 2) die Art und Weiſe, wie dos constituta hinterlaſſen wird, ſo wird auch hier eine ausdrückliche, ſowohl als eine ſtillſchweigende Willenserklärung angenommen; vgl., was letztere betrifft, l. 3. 17. pr. D. de dote prael. Eben ſo kann die inferirte dos entweder in specie, oder ſtatt derſelben ein Aequivalent, letzteres pure oder alternative, hinterlaſſen werden, l. 2. §. 1. l. 8. 9. 12. D. de dot. prael. l. 48. D. de leg. 2. — 3) Das legat. dotis als legat. liberat. hat keine beſondern Wirkungen, l. 1. §. 7. D. de dote prael. Als leg. debiti hat es mit dieſem gemein, daß es nicht belaſtet werden kann, l. 2. pr. D. de dote prael. l. 53. §. 2. D. de leg. 2. Roßhirt S. 326. Es folgt daraus, daß das praelegat. dotis, wenn es von dem Mann hinterlaſſen und von der Frau angenommen worden iſt, keineswegs Verluſt des Anſpruchs auf das geſetzliche Erbrecht für letztere herbeiführe; vgl. Erbg.

§. 77. 80. 81. Dagegen muß die Frau Diſpoſitionen, welche der Mann hinſichtlich der dos gültiger Weiſe vorgenommen hat, anerkennen, namentlich dem Pachter eines Dotal-Grundſtücks die Pachtzeit ausſitzen laſſen, l. 1. §. 15. D. de dote prael. Roßhirt S. 319. Uebrigens kann das prael. dotis durch Beſtimmungen des Mannes modificirt werden, nur nicht durch ſolche, welche in Anſehung der obligatio ad dotem restituendam zum Nachtheil der Frau etwas ändern, l. 1. §. 1. D. de dote prael. Roßhirt S. 319.

aa) Im Allgemeinen iſt zu bemerken, daß in dem legato dot. constitut. Alles enthalten iſt, quod actioni de dote inerat, l. 1. pr. D. de dote prael. Roßhirt §. 24.

b) Arg. l. 1. §. 1. D. de dote praeleg. Doch iſt dies in dubio nicht auf die impensae necessariae, quae dotem ipso jure minuunt, zu erſtrecken, d. l. 1. §. 4. l. 5. D. de dote prael. Weſtphal §. 313. Roßhirt S. 319.

c) §. 15. I. de legat. l. 1. §. 8. l. 6. pr. D. de dote prael. Winkler ad Berger. Oec. II. IV. 26. 2. Weſtphal §. 299. Roßhirt S. 320.

d) l. 3. l. 17. §. 1. D. de dote prael. l. un. §. 3. C. de rei ux. act. Berger Oec. II. IV. 4. 25. not. 4. Stryck us. mod. XXXIII. 4. §. 2.; vgl. §. 760. n. 4. Roßhirt §. 25. Außerdem wird es ein als in dem praeleg. dotis enthaltener Vortheil erwähnt, 1) daß das Recht, eine ungültige donatio inter conjuges auf die dos zu compenſiren, wegfällt; 2) das commodum repraesentationis, in Anſehung einer in Terminen zu reſtituirenden dos, l. 1. pr. §. 1. D. de dote prael.; vgl. I. 126. not. h. Schilter l. 1. §. 77. — Ueber legat. donat. propter nuptias ſ. Breuning. an don. pr. nupt. legari possit. L. 1778. Dagegen erhält die Frau, welche verpfändete Sachen dem Ehemann als Mitgift inferirte, durch das praelegat. dotis keineswegs das Recht, von den Erben des Mannes zu verlangen, daß ſie den nexus pignoris löſen; l. 15. D. de dote prael.; vgl. §. 755. not. a.

§. 766.

VII. Das Vermächtniß der Wahl (legatum optionis)[a]), vermöge deſſen der Legatar von mehrern vom Teſtirer beſtimmten Sachen eine[b]) wählen darf. Wir bemerken: 1) daß es in dieſem Falle dem Legatar frei ſtehe, auch diejenige Sache, welche er für die beſte hält, zu wählen[c]); jedoch 2) dieſe Wahl eher nicht, als nach angetretener Erbſchaft unternommen werden könne[d]). 3) Stirbt der Legatar, noch ehe er gewählt hat, ſo geht das Wahlrecht auf ſeine Er-

ben über [e]). 4) Wenn der Legatar einmal gewählt hat, ſo kann er nicht wieder davon abgehen [f]), ausgenommen, wenn er entweder durch Hinterliſt des Erben oder ſonſt durch einen Zufall nicht alle vom Teſtirer hierzu beſtimmte Sachen zu ſehen bekommen hätte [g]). 5) Dem mit der Wahl zögernden Legatar kann auf Inſtanz deſſen, an den das Nichtgewählte fallen würde, eine Friſt zur Vollziehung der Wahl geſetzt werden, deren Nichtbeachtung indeß das Recht, die Wahl nachzuholen, nicht ausſchließt, ſo lange der Zuſtand der Dinge derſelbe geblieben iſt [h]).

a) Tit. D. de optione et elect. leg. §. 23. I. de leg.; vgl. G. I. Gebauer. tit. Dig. de optione vel elect. leg. varie illustratus. Götting. 1747. in opusc. I. 15. P. C. G. Andreae conjecturae de legato opt. L. 1798. Weſtphal §. 2. ff. G. Francke obs. de jure legat. et fideic. Jen. 1832. cap. 1. Roßhirt II. 1. §. 2. 3. 4.

b) Vorausgeſetzt wird alſo das Daſeyn mehrerer species in der Erbmaſſe, aus denen gewählt werden ſoll, §. 23. I. de leg. Das dem Legatar überlaſſene Wahlrecht verhindert den Oneritten, über die zur Wahl ausgeſetzten species vor erfolgter Wahl zu disponiren, l. 14. D. de opt. vel el. leg. l. 109. §. 1. D. de leg. 1. l. 3. §. 2. sqq. C. comm. de leg. 1. Die Frage, welche species zur Wahl auszuſetzen ſind, iſt im Allgemeinen dahin zu beantworten, daß dahin alle tempore mortis noch vorhandene species gehören; l. 8. §. 1. l. 22. D. de opt. leg., wenn auch zur Zeit des errichteten Teſtaments mehrere vorhanden geweſen ſind, oder doch der Teſtirer eine größere Zahl angegeben haben ſollte. Daß indeß doch auch die Zeit des errichteten Teſtaments nicht ganz unbeachtet bleibe, lehrt l. 41. §. 4. D. de leg. 3., eine Geſetzſtelle, aus welcher die Folgerung gezogen werden könnte, daß die Wahl nur unter ſolchen Sachen Statt finde, welche der Teſtirer zur Zeit des errichteten Teſtaments bereits beſaß, nicht auf ſpäter erworbene Sachen derſelben Gattung ſich beziehe. Die Sachen, unter welchen die Auswahl Statt findet, ſind dem legatarius vollſtändig vorzulegen, l. 4. 5. D. de opt. leg. Die in dem Beſitz eines Dritten befindlichen Sachen müſſen von dem Erben herbeigeſchafft werden, obgleich in dieſem Fall auch der Legatar ſelbſt gegen den Detentor der actio ad exhibendum ſich bedienen kann, l. 8. §. 1. ib., l. 3. §. 6. D. de exhib.; vgl. C. Einert. de act. ad exhib. L. 1816. §. 42—47. Uebrigens hat der Legatar nicht immer nur eine species zu wählen, er darf jedoch, wenn ihm eine unbeſtimmte Mehrheit überlaſſen worden iſt, nicht über drei wählen; l. 1. ib.

Sollte zur Zeit des Todes gerade nur die Zahl noch vorhanden ſeyn, welche der Legatar zu wählen berechtiget iſt, ſo erhält er dieſe Zahl ohne Weiteres, l. 8. §. 1. ib. l. 84. §. 11. D. de leg. 1.

c) Arg. l. 9. §. 1. D. de dolo malo l. 2. pr. de opt. leg. Roßhirt §. 2. S. 9.

d) l. 16. D. de opt. leg. l. 10. D. de leg. Eine vorher unternommene Wahl bindet alſo den Legatar nicht, eben ſo wenig als der ante delatam hereditatem erklärte Erbſchaftsantritt, l. 23. 32. D. de a. v. o. h.

e) §. 23. I. de legat. Nach älterm Recht war dies anders, und das Legat als hinterlaſſen unter der Bedingung, si optasset, anzuſehen, obwohl wegen l. 19. D. de opt. leg., a. M. iſt Bynkershoek de legat. poen. c. 4.; vgl. dagegen Sammet de legat. poen. cap. 5. not. k. in opusc. p. 58. Können die Erben über die zu wählende Sache nicht einig werden, ſo iſt der Wähler durch das Loos zu beſtimmen, d. §. 23.; vgl. auch l. 3. pr. C. comm. leg. Daſſelbe iſt auch anwendbar für den Fall, wenn urſprünglich mehrere zur Wahl berechtigte Legatare vorhanden ſind, l. 8. §. 2. D. de opt. leg. l. §. 23. I. Nach dieſen Geſetzen würde aber der durch das Loos beſtimmte Wähler ſich gefallen laſſen müſſen, die gewählte Sache für ſich zu behalten, und den andern ihren Antheil mit Geld nach einer billigen Schätzung herauszuzahlen. Es verſteht ſich, daß hier nur die Rede iſt von Legataren, die bei dem leg. optionis gleichzeitig concurriren; von dem Fall der ſucceſſiven Concurrenz handelt l. 8. pr. l. 17. D. de opt. leg.

f) l. 20. D. de opt. leg. l. 5. pr. de leg. 1. Doch hindert eine vorläufige Erklärung, eine beſtimmte Sache nicht wählen zu wollen, keineswegs, bei der wirklichen Wahl die Sache dennoch zu wählen, l. 18. ib. Dabei ſcheint jedoch vorausgeſetzt werden zu müſſen, daß der oneratus nicht bereits über die aufgegebene Sache disponirt habe.

g) l. 4. 5. D. de opt. leg. Andre Gründe, welche zu einer anderweiten Wahl berechtigen, ſind 1) entſchuldbarer Irrthum, l. 2. §. 3. l. 3. ib.; 2) wenn evictio des Gewählten Statt gefunden hat, oder doch zu beſorgen iſt, l. 2. §. 2. ib. l. 71. §. 1. D. de leg. 1. l. 58. D. de evict.

h) l. 6. 7. D. de opt. leg. Es geſchieht dies in dem Intereſſe des Onerirten, und zwar insbeſondere des Erben, damit dieſer nicht in der Dispoſition über die zur Wahl auszuſetzenden Sachen behindert werde. Ob daſſelbe Recht auch dem emtor hereditatis zuſtehe, wird bezweifelt, l. 13. §. 1. D. de opt. leg., über welches Geſetz zu vergleichen Gebauer diss. 1. cap. II. §. 14. Nach Ablauf der Friſt ſoll zu Folge der l. 6. dem Legatar die actio legatorum

nomine verſagt werden, wenn nicht etwa von den zu wählenden Sachen eine oder einige oder auch alle vorhanden ſind. Daß der Onerirte nach Ablauf der Friſt über alle species disponiren und ſo das Legat gänzlich hinterziehen könne, läßt ſich nicht annehmen. Nur das Wahlrecht des Legatars kann in poenam contumaciae verloren gehen; eine unter den zu wählenden Sachen muß ihm bleiben, dieſe hat aber nun der Onerirte zu wählen und aufzubehalten. Außer dem Onerirten kann aber auch ein folgender Honorirter dabei intereſſirt ſeyn, daß die Wahl erfolge, l. 8. pr. l. 17. D. de opt. leg. Auch hier ſcheint Verluſt des Legats für den Fall der nicht bewirkten Wahl ausgeſprochen zu werden; obwohl man auch hier meinen ſollte, daß nur das Wahlrecht des Säumigen verloren gehe, und wenigſtens eine von dem Andern zu wählende Sache den Mehreren verbleibe.

§. 767.

VIII. Das Vermächtniß eines oder mehrerer Stücke einer gewiſſen beſtimmten Gattung (legatum generis) [a]). Wir bemerken: 1) Zur Gültigkeit eines ſolchen Vermächtniſſes wird erfordert, daß in der Verlaſſenſchaft ſich ſolche Sachen befinden, welche zu der vom Teſtirer beſtimmten Gattung gehören [b]). 2) In der Regel wählt der Legatar [c]); doch darf er nicht das beſte Stück wählen, ausgenommen, wenn ihm der Teſtirer ausdrücklich auch das Wahlrecht überlaſſen hätte [d]) (§. 766.), oder das Legat einer milden Stiftung ausgeſetzt worden wäre [e]). 3) Hat hingegen der Teſtirer ausdrücklich dem Erben aufgetragen, dem Legatar ein Stück der beſtimmten Gattung auszuliefern, ſo darf der Erbe nicht das ſchlechteſte wählen, wiewohl er keineswegs verbunden iſt, ihm das beſte auszuantworten [f]). Er hat demnach wegen der vitia rei nicht weiter einzuſtehen [g]), obwohl ihm übrigens die Pflicht zur Gewährleiſtung obliegt [h]).

a) Zu unterſcheiden iſt das legat. generis von dem legat. generaliter relicto, bei welchem der testator zwar eine species zu hinterlaſſen beabſichtiget, dieſe aber nicht beſtimmt genug bezeichnet hat. Hier kommt Alles auf eine interpretatio voluntatis an, l. 39. §. 1. D. de leg. 1. In dem Fall, wenn die species, deren eine der Teſtator gemeint hat, in der Erbſchaft ſich befinden, hat in dubio der Onerirte die Wahl, l. 32. §. 1. l. 37. §. 1. ib., und zwar ſo, daß er in der Regel auch das von dem geringſten Werth geben kann, l. 14. in fin. l. 39. §. 6. D. de leg. 1. l. 43. §.

D. de leg. 2. l. 29. §. 2. D. de leg. 3., bisweilen aber das mittlere gewähren muß, l. 31. D. de auro arg. leg.; vgl. Carpzov V. resp. 26. Majans. de legato incerto §. 5—11. Schweppe §. 886. Roßhirt §. 1.

b) l. 71. pr. D. de leg. 1. Bach ad Bergeri Oec. L. II. T. IV. th. 26. Hofacker §. 1494. Doch ſind mehrere Rechtslehrer der Meinung, daß im entgegengeſetzten Falle der Erbe dem Legatar ein zur beſtimmten Gattung gehöriges Stück anſchaffen müßte. Dieſe Meinung ſcheint auch in der That mit einigen Beſchränkungen die richtigere. Sind nämlich species der in Frage ſtehenden Gattung α) in der Erbmaſſe vorhanden, ſo iſt der Erbe in keinem Fall gehalten, andre anzuſchaffen, wenn nur die vorhandenen species nicht gänzlich unbrauchbar ſind. Es folgt dies ſchon aus dem Princip, daß in der Regel nicht angenommen werden kann, der Teſtirer habe rem alienam legiren wollen; vgl. §. 754., ein Princip, welches nur inſofern alterirt werden kann, als nicht anzunehmen iſt, daß der Teſtirer dem Legatar etwas ganz Unbrauchbares habe geben wollen. Auf der andern Seite wird aber auch dem Erben das Befugniß abgeſprochen werden müſſen, ſtatt der in der Erbſchaft vorhandenen species eine andere von ſchlechterer Beſchaffenheit liefern zu dürfen. Sind β) species der in Frage ſtehenden Art in der Erbmaſſe nicht vorhanden, ſo iſt, damit das Legat überhaupt beſtehe, erforderlich, daß die legirte Species ſchon nach ihrer generiſchen Bezeichnung in dem Verkehr des gemeinen Lebens eine gewiſſe Beſtimmtheit habe; vgl. l. 13. 37. pr. l. 84. §. 3. D. de leg. 3. Schweppe §. 886. Roßhirt §. 4. S. 16. Dies wird am wenigſten anzunehmen ſeyn, wenn allgemein ein Grundſtück vermacht worden iſt, l. 69. D. de l. D. l. 71. pr. D. de leg. 1. Roßhirt S. 14.; vgl. auch Gmelin und Elſäſſer gemein. Beob. u. Rechtsf. I. 21. §. 137. ff. Averan. interpr. IV. 14. n. 1. 2. Wenn nach der in dem Text angenommenen Meinung, nur eine in der Erbmaſſe vorhandene species zu präſtiren wäre, ſo läge eigentlich nur eine Art des legatum alternativum vor; vgl. Roßhirt §. 5. S. 20.

c) §. 22. I. de leg. Gmelin und Elſäſſer I. 21. Overbeck X. med. 512. Roßhirt a. a. O. S. 12. 13. Es ſcheint aber doch, als ob die Stelle der Inſtitutionen, die übrigens in der l. 3. C. comm. leg. nicht ausgedrückt gefunden wird, nur von dem Fall verſtanden werden müſſe, wenn von einer Wahl aus den in der Erbſchaft befindlichen Sachen die Rede iſt.

d) l. 37. D. de leg. 1. Roßhirt §. 4. S. 13.; vgl. Gebauer diss. l. cap. III. §. 1. 2., wo zugleich unterſucht wird, ob ein leg. generis, bei welchem dem Legatar die Wahl überlaſſen worden iſt, von dem leg. optionis verſchieden ſey? Nach unſerer An=

ſicht nur inſofern, als leg. opt. immer auf Sachen, die in der Erbmaſſe ſich befinden, zu beſchränken iſt.

e) Arg. l. 38. §. ult. D. de aur. et arg. leg. In dem angeführten Geſetz, über welches zu vergleichen Averan. interpr. IV. 18. F. C. Conradi de modo servando in legat. piis interpr. ad l. 38. D. de auro arg. Helmst. 1736. Breuning. de usu forensi sententiae Scaevolae in l. 38. D. de auro arg. L. 1762. iſt die Frage, von welcher Maſſe das einem Tempel, in welchen nur eherne oder ſilberne Geräthſchaften aufgenommen wurden, beſchiedene signum zu liefern ſey, wenn der Teſtirer darüber nichts beſtimmt hatte? Gold wird einmal für allemal ausgeſchloſſen, weil goldne Geräthſchaften überhaupt in dem Tempel nicht vorkamen; dagegen wird gegen die Regel, daß in dubio der Onerirte nur id, quod minimum est, zu präſtiren brauche, angenommen, daß Silber gewährt werden müſſe.

f) l. 110. D. de leg. 1.; vgl. Gebauer l. l. §. 2. A. M. iſt Roßhirt §. 2. S. 9. §. 4. S. 14., nach welchem der Onerirte gehalten ſeyn ſoll, ein, wo nicht vorzügliches, doch brauchbares Stück zu liefern. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß der Erbe, wenn er die Wahl hat, in der Dispoſition über die in dem Nachlaß befindlichen species nicht beſchränkt ſey; l. 109. §. 1. D. de leg. 1., daß er aber auch, wenn er eine dieſer species gewählt hat, nicht einſeitig von der Wahl abgehen könne, l. 84. §. 9. D. de leg. 1. l. 11. §. 1. D. de leg. 2. Das gerade Gegentheil des letztern Satzes behauptet Roßhirt §. 5. S. 27. ſogar mit Berufung auf d. l. 84.; mit welchem Grund? iſt nicht abzuſehen. — Uebrigens kann die Wahl auch einem Dritten überlaſſen werden; l. 21. D. de opt. leg. l. 12. §. 8. D. qu. dies leg. l. 3. §. 1. C. comm. leg. Hierbei fragt ſich nun noch 1) was iſt Rechtens, wenn der, welcher das Wahlrecht hat, nicht wählt? Iſt der Wähler der Legatar, ſo ſcheinen die §. 766. not. e. angegebenen Grundſätze einzutreten, in dem entgegengeſetzten Fall, für welchen zu Veranſtaltung der Wahl die Friſt eines Jahres eingeräumt iſt, geht die Wahl auf den Legatar mit der in dem §. unter n. 2. angegebenen Beſchränkung über. Dies gilt auch in dem Fall, wenn der Dritte während der beſagten Friſt vor der Wahl verſtorben ſeyn ſollte; d. l. 3. §. 1. C. Neu ſcheint hier nur die Beſtimmung, daß die Wahl auf den legatarius übergehe; denn daß durch den Tod des Dritten, deſſen arbitrium hierbei in Frage kam, das Legat nicht ungültig werde, ſcheint ſchon früher Rechtens geweſen zu ſeyn; vgl. §. 774. 2) Was gilt, wenn Mehrere zu wählen haben? Für den Fall, wenn mehrere Legatare zu wählen haben, ſcheint l. 3. pr. C. comm. de leg. wenigſtens analog anwendbar; haben dagegen mehrere onerati zu wählen, ſo kann unter dem dissensus derſelben der honoratus nicht leiden, a. l. 12. D. de opt. leg., und es wird demnach, wenn die

zur Wahl beſtimmte Friſt vorüber iſt, die Verordnung der d. l. 3. §. 1. C. eintreten; vgl. l. 11. §. 1. D. de leg. 2.

g) Der Erbe, der die Wahl gehabt hat, haftet nur dafür, ut legatario rem habere liceat, l. 45. §. 1. l. 110. §. 1. D. de leg. 1. j. l. 72. §. 5. D. de solut.

h) l. 58. D. de evict. l. 71. §. 1. D. de leg. 1. l. 29. §. 3. D. de leg. 3. Ob daſſelbe auf Schenkungen inter vivos anzuwenden ſey? ſ. III. §. 1287. not. l. Iſt aber der Erbe auch dem Legatar, der ſelbſt gewählt hat, zur Gewährleiſtung gehalten? Die eben erwähnten Geſetze ſprechen freilich nicht von dieſem Fall, indeß ſcheint gleichwohl mit Rückſicht auf das, was §. praec. not. g. sub 2. geſagt worden iſt, die Frage bejahet werden zu müſſen.

§. 768.

Zu den Legaten, deren Gegenſtand aus einer Mehrheit von Sachen beſteht, die in einer gewiſſen Verbindung mit einander ſtehen und zuſammen ein Ganzes bilden [a]), gehört, wenn IX. eine universitas rerum [b]) oder eine quantitas [c]) legirt worden iſt. Was A) das Legat betrifft, welches eine universitas zum Gegenſtand hat, ſo iſt abzuſehen von dem Fall, in welchem hereditas ſelbſt, oder ein aliquoter Theil derſelben den Gegenſtand des Nachlaſſes bildet [d]), übrigens aber eine ſolche Mehrheit von Sachen anzunehmen, von welcher jede einzelne getrennt von der andern für ſich beſtehet [e]). Das legatum einer ſolchen universitas hat das Eigenthümliche, daß dabei nicht auf die einzelnen Sachen, welche zur Zeit der Dispoſition vorhanden waren, geſehen, vielmehr der Umfang des Legats nach der Zeit des Todes des Disponirenden beurtheilt wird [f]); wegen deſſen aber auch vindicatio Statt hat [g]). Was einzelne Legate dieſer Art betrifft, ſo iſt zu bemerken, daß nicht bloß α) eine Mehrheit von Sachen, welche ſchon im gemeinen Leben als ein Ganzes betrachtet wird, wie eine Heerde [h]), eine Handlung, taberna [i]), eine Bibliothek [k]), das peculium [l]) den Gegenſtand des Legats bilden, ſondern auch β) der Teſtirer ſelbſt mehrere Sachen, zu einem Ganzen verbunden, zu dem Gegenſtand des Vermächtniſſes machen kann, indem derſelbe Sachen, welche entweder unter einen Gattungsbegriff fallen [m]), oder zu einem gemeinſamen Zweck dienen [n]), oder in

irgend einer andern, wenn auch nur zufälligen, Verbindung mit einander ſtehen [o]), zuſammenfaßt. — B) Legat. quantitatis hat zum Gegenſtand eine Mehrheit von Sachen, welche nach Zahl, Maaß und Gewichte gewährt zu werden pflegen [p]), alſo ſowohl Geld, als auch Naturalien und insbeſondere Fungibilien [q]). Als Eigenthümlichkeit für dieſes Legat iſt zu bemerken, daß es in der Regel präſtirt werden muß, auch wenn keine dahin gehörige species in der Maſſe ſich findet [r]); weniger allgemein ſcheint die Beſtimmung, daß der oneratus ſtatt der Naturalien das Aequivalent in Gelde geben dürfe [rr]). Vorauszuſetzen iſt aber jeden Falls, daß der Teſtirer über dergleichen als über eine quantitas, nicht aber als über ein genus disponirt hat [s]). Was nun insbeſondere 1) das leg. pecuniae betrifft [t]), ſo kommt hier vornehmlich die Münzſorte, in welcher daſſelbe zu zahlen iſt, in Betracht. Iſt α) die Münzſorte nicht beſtimmt, ſo verſtehen ſich courante Münzſorten, wobei denn namentlich der Wohnort des Teſtirers, aber auch die ihm eigene Weiſe des Verfahrens, ſowie das Verhältniß des Legatars in Betracht kommt [u]). Im Zweifelsfalle hat aber der oneratus das Befugniß, auch die minder werthvolle Münzſorte zu bezahlen [v]), obwohl ihm, wenn in der Erbmaſſe Geld in couranten Münzſorten enthalten iſt, keinesweges geſtattet werden kann, zum Behuf der Zahlung an den Legatar ſchlechtere Münzſorten einzuwechſeln [w]). Iſt β) die Münzſorte beſtimmt, und tritt eine Veränderung des Werths derſelben ein, ſo iſt in der Regel der Werth, welchen die Münzſorte zur Zeit des errichteten Teſtaments hatte, zu gewähren [x]). 2) In Anſehung von Naturalien, die in verſchiedener Qualität vorkommen, nimmt man an, daß der oneratus eine Mittelſorte, aber auch hier nie eine ſchlechtere als in der Erbſchaft ſich vorfindet, zu gewähren habe [y]).

a) Von den früher erwähnten Legaten kann hierher das legatum dotis gehören, inſofern nämlich dos ein Complex mehrerer Sachen, eine universitas, ſeyn kann; vgl. §. 421. Das legat. annuum etc. iſt leg. multiplex, d. h. nicht ſowohl ein legat., das auf meh-

rere Gegenſtände ſich bezieht, ſondern eine Mehrheit von Legaten, deren jedes eine beſtimmte Summe zum Gegenſtand hat; vgl. §. 761. Sind dagegen mehrere Sachen, die in keiner beſondern Verbindung zu einander ſtehen, in demſelben letzten Willen demſelben Honorirten beſchieden, ſo liegen immer mehrere Legate vor, l. 2. D. de leg. 2. l. 29. pr. D. de V. O.

b) vgl. §. 421. Zu den daſ. angef. Schriftſtellern iſt noch hinzuzufügen Roßhirt II. 2. §. 1. Daß hier ein einziges legat. vorliege, ſ. d. l. 2.

c) vgl. §. 420. not. a. Auch hier iſt nur unum legatum; vgl. d. l. 29. pr. D. de V. O. Schweppe Privatr. §. 89.

d) Der eigne Nachlaß des Teſtirers oder ein Theil deſſelben, bildet den Gegenſtand eines Vermächtniſſes bei dem ſogenannten legat. partitionis; vgl. §. 641. not. d. Roßhirt I. 3. §. 1—3. Sonſt kann der Nachlaß nur durch Erbeinſetzung oder fideicommissum universale hinterlaſſen werden. Daß der eigne Nachlaß in der Form einer donatio m. c. transferirt werden könne, beſtreitet Breuning. qu. an hereditas donari possit m. c. L. 1770. Der Nachlaß eines Dritten kann von dem eingeſetzten Erben legirt werden und begründet überall Singularſucceſſion; vgl. l. 76. §. 1. l. 86. §. 2. D. de leg. 2. l. 14. C. de her. inst. Breuning. diss. l. §. 4. Weſtphal Arten der Verm. §. 162. Roßhirt I. 3. §. 1. S. 125. Haſſe im rhein. Muſ. Jahrg. 3. S. 502. 528. 532.; vgl. einen hierher gehörigen Rechtsfall in Schwarze und Heyne Unterſ. Anh. n. 12.

e) Alſo gehört nicht hierher das Legat eines Hauſes, Schiffs ꝛc.; vgl. §. 420. not. a.

f) Dies ſcheint den in §. 18. I. de leg. l. 108. §. 10. D. de leg. 1. l. 65. pr. §. 1. l. 76. §. 1. D. de leg. 2. l. 4. 18. §. 2. D. de auro arg. leg. ausgeſprochenen Grundſätzen gemäß. Namentlich geht aus den beiden letztern Stellen hervor, daß auf die Zeit des errichteten Teſtaments nichts ankommt, und daß ſelbſt Sachen, welche der Teſtator anzuſchaffen beabſichtiget hat, zu dem Legat gehören, auch wenn ſie tempore mortis noch nicht in der Erbſchaft ſich befinden. Eine Beſchränkung des letztern Satzes ſ. indeß in Böhmers Rechtsf. III. 193. Daß bisweilen, wie in l. 28. D. de auro arg. leg., ſtatt des tempus mortis der dies cedens legati genannt wird (vgl. §. 778.), berechtiget wohl noch nicht mit Roßhirt II. 2. §. 2. anzunehmen, daß hiermit für manche Arten der universitas legata der dies cedens als ein eigenthümlicher Zeitpunct zu Beurtheilung des Umfangs des Legats feſtgeſetzt worden ſey. Ausnahme von der Regel galt ſonſt in dem Fall des peculium legatum, wenn es dem Sklaven zugleich mit der Freiheit in dem Teſtament verlaſſen worden war, l. 8. §. 8. D. de pecul. leg.,

ferner in den l. 41. §. 4. D. de leg. 3. l. 7. D. de auro arg. leg. erwähnten Fällen, in welchen auf die Zeit des errichteten Teſtaments Rückſicht genommen wird; vgl. l. 55. pr. §. 2. l. 58. D. de leg. 2.

g) §. 2. 18. I. de legat. l. 2. 6. D. de leg. 2. l. 6. §. pr. 1. D. de pecul. leg.

h) §. 18. I. de leg. l. 21. 22. D. de leg. 1. l. 6. D. de leg. 2. Wenn einzelne Stücke der Heerde verpfändet ſind, ſo hat, wie man aus l. 15. D. de dole prael. folgert, der oneratus nicht, wie bei einer species legata, die Pflicht der Wiedereinlöſung auf ſich; Berger Oec. IV. 4. 24. not. 7.; was allerdings mit dem Satz übereinſtimmt, daß hier die Beſchaffenheit der einzelnen species nicht in Betracht kommt. Uebrigens iſt, wenn die Heerde auf ein einziges Stück reducirt worden ſeyn ſollte, auch dieſes eine Stück dem Legatar zu gewähren, d. §. 18. et l. 21. Wie dies mit l. 31. D. quib. mod. usufr. zu vereinigen ſey? darüber ſ. Roßhirt a. a. O. S. 36. Daß unter einer Schafheerde auch die Lämmer begriffen ſind, ſ. l. 83. §. 4. D. de leg. 3., anders, wenn Schafe überhaupt legirt worden ſind, l. 65. §. 7. D. de leg. 3. Was zu den Lämmern zu rechnen ſey? ſ. l. 60. pr. D. de leg. 3. Es kann auch Vieh überhaupt legirt werden, l. 65. §. 2. l. 81. §. 2. D. de leg. 3. Weniger begreift das legat. jumentorum in ſich, d. l. 65. §. 5. Sonſt kommt hierbei auf das Geſchlecht nichts an, l. 65. §. 6. l. 81. pr. D. de leg. 3. Ueber aves legatae, l. 66. ib. Unterſchieden wird von grex legata, armentum legatum, d. l. 81. §. 3.

i) l. 183. 184. 185. D. de V. S. Hier iſt taberna ſoviel als ein Verkaufsladen, oder auch ein Magazin, horreum, in welchem Waaren aufbewahrt werden, l. 7. D. de instr. et instr. leg. Der Waarenvorrath bildet eine universitas, l. 34. pr. D. de pign. Das legatum tabernae bezieht ſich aber bloß auf den Waarenvorrath und etwa auf die hierbei nöthigen Geräthſchaften, d. l. 7., l. 91. §. 2. D. de leg. 3. Verſchieden davon iſt das leg. einer Handlung, eines Geſchäfts, welches auch activa und passiva in ſich begreift, l. 77. §. 16. D. de leg. 2.

k) Vgl. über das Vermächtniß von Büchern Bemerkungen, die höchſt intereſſant ſind, l. 52. D. de leg. 3. l. 76. ib.

l) §. 20. I. de legat. tit. Dig. de pecul. leg. und hier beſonders l. 8. §. 8. D. de pecul. leg.; vgl. Weſtphal von Vermächtn. I. §. 169. 170. deſſ. Arten der Vermächtniſſe §. 326—373.

m) Dahin gehört leg. lanae, l. 70. D. de leg. 3. ligni l. 55. ib., worunter Kohlen nicht begriffen ſind, l. 167. D. de V. S. Brockes obs. for. n. 69.; vgl. Weſtphal v. Vermächtn. I. §. 190., auri

et argenti; vgl. 772. n. 3., ferner Getreide (triticum), Wein, Oel u. dergl.

n) Hierher gehört das Legat der Vorräthe zu Speiſe und Trank, und der zu Aufbewahrung dienenden Gefäße, penus; Leyſer sp. 389. Müller. ad L. obs. 607. Weſtphal Arten der Verm. §. 647—669. Roßhirt II. 2. §. 11. Wernher p. I. obs. 74. Brockes obs. 397.; Kleidungsſtücke, leg. vestimentorum, mundi, ornamenti, Weſtphal a. a. O. §. 547—589. Roßhirt a. a. O. §. 8. 9. Der Hausrath, suppellex. Weſtphal a. a. O. §. 502—527. Roßhirt §. 6.

o) Dies iſt der Fall, wenn der Complex von Sachen legirt wird, welche zu dem Gebrauch einer gewiſſen Perſon angeſchafft worden ſind; vgl. l. 45. 46. 47. 48. 49. 58. 60. §. 2. l. 78. §. 6. D. de leg. 3.; vgl. Weſtphal Vermächtn. I. §. 172. ff. Arten der Verm. §. 611—614. Vornehmlich aber, wenn Sachen legirt worden ſind, die an einem gewiſſen Orte ſich befinden; vgl. Averan. II. 28. Weſtphal Vermächtn. II. §. 646—659. Gmelin und Elſäſſer gemeinr. Beob. u. Rechtsf. V. 1. §. 5. 12. Schmidt Rechtsſpr. n. 76. Roßhirt a. a. O. §. 17. Gottſchalk disc. III. 1. Das unter dieſer Modification hinterlaſſene Legat erſcheint nur inſofern als hierher gehörig, inwiefern die Beifügung des Orts in der Abſicht, dies Legat ſelbſt dadurch zu beſtimmen, nicht als eine bloße demonstratio, eine Art von Rath, beigefügt worden iſt, l. 96. pr. D. de leg. 1. und dazu Averan. II. 27. Ueber ein ſolches Legat iſt zu bemerken: A) im Allgemeinen: 1) daß für einbegriffen in ein ſolches Legat nur Sachen angeſehen werden, für welche der angegebene Ort als regelmäßige Stelle der Aufbewahrung anzuſehen iſt; wobei denn die zufällige Anweſenheit anderer Sachen, das Legat eben ſo wenig erweitert als zufällige Abweſenheit von Sachen, welche an den fraglichen Ort gehören, den Umfang deſſelben beſchränkt, l. 44. l. 78. §. 7. l. 86. D. de leg. 3. l. 39. §. 1. 2. D. de auro arg. leg. Daraus folgt α) auch Sachen, welche der Teſtirer anderwärts, jedoch nicht auf immer, ſondern praesentis custodiae caussa deponiret oder verliehen hat, ſind in dem Legat begriffen, d. l. 39. §. 1. Dagegen ſind β) res venales, Sachen, welche, um damit Handel zu treiben, angeſchafft worden ſind, ausgeſchloſſen, l. 44. 60. §. 2. l. 73. §. 4. l. 79. §. 1. l. 86. D. de leg. 3. l. 32. §. 2. 3. D. de usufr. leg. Averan. l. l. §. 31. seq. l. 4. §. 2. D. de penu leg. l. 1. C. de V. S.; vgl. jedoch not. s.; γ) es iſt von keinem Einfluß auf den Umfang des Legats, wenn die Zahl der an dem beſtimmten Ort aufbewahrten Sachen entweder facto onerati vermindert, oder durch die entgegengeſetzte Handlung des Legatars vermehrt worden ſind, l. 32. §. 3. D. de leg. 2. l. 18. §. 12. D. de instr. et instr. Wohl aber kann hierbei der Wille des Teſtirers in Be=

tracht kommen, l. 39. §. 2. D. de auro arg. leg. Es fragt ſich, ob unter einem ſolchen Legat auch res alienae, vorausgeſetzt natürlich, daß der Teſtirer das Vorhandenſeyn ſolcher Sachen wußte, vgl. §. 754., und nicht ausdrücklich ſeine Sachen legirt hat, l. 73. D. de leg. 3. l. 9. §. 2. D. de suppell. leg., begriffen ſeyen? Die Frage ſcheint a. l. 101. D. de leg. 3. l. 24. D. de instr. vel instr. verneint werden zu müſſen. Nicht entgegen ſtehen l. 39. §. 1. D. de auro arg. leg., da in dieſem Geſetz nicht, wie Averan meint, von einem commodatum, das der Teſtirer empfangen hat, ſondern von einem commodatum, welches von ihm gegeben worden iſt, geredet wird; eben ſo wenig l. 27. §. 3. D. de instr. vel instr., weil der Wein, von welchem hier die Rede iſt, zwar von dem Teſtirer verkauft, aber noch nicht übergeben worden war. 2) Auch hier wird übrigens das gewährt, was tempore mortis an dem beſtimmten Ort ſich findet, l. 108. §. 10. D. de leg. 1. l. 8. §. 2. D. de leg. 2. l. 1. §. 7. D. de dote prael. — 3) Wichtig kann bei dieſem Legat auch ſeyn, die Grenzen des Orts zu fixiren, um darnach zu beſtimmen, ob dieſe oder jene Sachen wirklich an dem fraglichen Ort ſich befinden, l. 41. §. 6. l. 84. D. de leg. 3. l. 4. §. 4. D. de penu leg. l. 87. D. de V. S. — B) Insbeſondere iſt der Fall zu erwähnen, wenn nicht bloß Sachen einer beſtimmten Art, ſondern alle Sachen, welche an einem beſtimmten Ort ſich befinden, den Gegenſtand des Legats bilden. In dieſem Fall bleiben gleichwohl ausgeſchloſſen: α) alle außenſtehende Schuldforderungen, wenn gleich Urkunden und Schriften, welche auf ſolche Außenſtände Bezug haben, an dem beſtimmten Ort ſich befinden, l. 86. pr. D. de leg. 2. l. 78. §. 1. 3. l. 92. §. 3. l. 101. §. 1. D. de leg. 3.; β) das baare Geld, inſofern es nicht etwa zu einer dauernden Aufbewahrung an dem fraglichen Ort niedergelegt worden iſt, alſo namentlich nicht Geld, was zum Geſchäft oder auch nur für gewöhnliche Ausgabe an dem beſtimmten Ort ſich befindet, l. 44. 78. §. 1. l. 79. 86. D. de leg. 3.; vgl. Averan. l. l. §. 11. seq. und beſonders Gottſchalk a. a. O. Ueber die aus dem Grundſtück erzeugten Nutzungen vgl. l. 32. §. 2. D. de usufr. leg. l. 1. C. de V. S. Averan. l. l. §. 79. ff. — In vielen hier angezogenen Geſetzſtellen iſt übrigens von dem Fall die Rede, wenn ein Grundſtück mit den daſelbſt befindlichen Sachen legirt worden iſt, wobei denn viel darauf ankommt, ob die Sachen als accessio des Grundſtücks betrachtet werden können oder nicht; vgl. §. 770.

p) Vgl. Gmelin und Elſäſſer gemeinr. Beob. u. Rechtsf. I. 21. §. 134. ff. Roßhirt a. a. O. §. 12.

q) Ueber res fungibiles vgl. §. 405. Es iſt unrichtig anzunehmen, daß ein leg. quantitatis immer nur res fungibiles zum Gegenſtand habe; man denke nur an Gold oder Silber, welches nach Gewicht

legirt worden iſt, l. 1. §. 1. l. 9. D. de auro arg. leg. l. 95. D. de leg. 2. Zu den Fungibilien gehören beſonders Getreidearten, Wein, Oel, Salz ꝛc. tit. D. de trit. vin. oleo leg. Weſtphal Arten der Vermächtn. §. 624. ff. Roßhirt §. 12. Insbeſondere vom leg. vini H. B. Roth casus pract. de vini novi leg. Jen. 1679., woſelbſt 6 verſchiedene hierher gehörige Streitfragen beantwortet werden; Böhmer Rechtsf. III. 193.

r) In Anſehung des Geldes und der Fungibilien iſt dieſer Satz keinem Zweifel unterworfen, l. 51. D. de leg. 1. l. 12. pr. D. de leg. 2. l. 3. D. de trit. vin. ol. leg. Majans. de leg. rei alienae, §. 4. Andre Quantitäten ſcheinen dieſen auch in ſolcher Beziehung gleichzuſtehen, a. l. 34. §. 5. 6. D. de leg. 1.; vgl. auch die folg. Note u. Mühlenbruch doctr. pand. §. 737.

rr) Ausdrücklich geſagt wird es von dem nach Gewicht legirten Gold und Silber, l. 1. §. 1. l. 9. 19. §. 1. 3. l. 35. §. 1. D. de auro arg. leg. Daſſelbe möchte von andern Sachen gelten, die nach einem Maaß verkauft werden, für welches es einen beſtimmten Preis giebt. Da, wo dieſer Satz Anwendung leidet, kann ſich aber auch der Onerirte damit nicht entſchuldigen, daß die legirte Quantität gar nicht, oder doch nicht vollſtändig in der Erbmaſſe vorhanden iſt; vgl. Roßhirt a. a. O. §. 7. S. 42.

s) Wie dies der Fall ſeyn würde, wenn der ganze in der Maſſe oder an einem beſtimmten Ort (vgl. not. o.) befindliche Vorrath legirt worden wäre, l. 7. pr. D. de trit. vino ol. leg. l. 75. §. 5. D. de V. O. Uebrigens werden auch, wenn der ganze Vorrath einer gewiſſen Art Sachen, der in der Erbmaſſe ſich vorfindet, legirt worden iſt, res venales für ausgenommen geachtet, wenn nur noch außerdem Sachen derſelben Art in dem Nachlaß ſich vorfinden, l. 32. §. 4. D. de auro arg. leg. Iſt eine beſtimmte quantitas, die an einem gewiſſen Ort ſich befindet, legirt, ſo gilt dies als leg. speciei; vgl. l. 30. §. 6. l. 34. §. 4. l. 47. §. 1. l. 51. l. 108. §. 10. D. de l. 1. u. oben §. 405. not. a.

t) F. G. Werner. de leg. pecuniae. Goetting. 1746. Von dem Fall, wenn pecunia als genus oder species legirt wird, iſt §. 772. n. 2. die Rede. Daß unter dem legat. pecuniae Außenſtände nicht begriffen werden, ſelbſt wenn ſie inmittelſt an den Teſtirer zurückgezahlt worden ſeyn ſollten, ſobald der Teſtirer ſolche zur anderweiten Auszahlung beſtimmt hat, ſ. Bauer. resp. XI. L. 1792.

u) l. 50. §. 1. D. de leg. 1. l. 75. D. de leg. 3. Werner diss. l. §. 14.

v) d. l. 75.

w) Vgl. Pufendorf IV. obs. 115. Schorch. nova collect. respons. et sent. F. J. Erff. n. 9. Oerlich. de eo, quod justum est c. leg. pecuniae valore monet. post test. cond. mutato. Hamb.

1763. überſ. in Donndorfs Samml. juriſt. Abhandl. Quedlinb. 1782. S. 348.

x) Vgl. Carpzov. p. II. c. 28. def. 6. u. VI. resp. 21. Averan. III. 11. n. 13. Oerlich. diss. I. Pufendorf IV. obs. 115. J. G. Bauer Pr. v. Jahre 1754. in opusc. I. 19. H. G. Bauer. resp. jur. 3. L. 1791. Zoller obs. pract. Lips. 1781. n. 5. u. deſſen diss. quale tempus circa genus monetarum in exsolvendis legatis sit spectandum. L. 1777. Hommel. obs. 147. Kind I. qu. 109. (53. ed. 2.) Böhmer Rechtsf. I. 73. Schorch. l. l. n. 8. 9. Schmidt Abh., in welchen Münzſorten eine Geldſchuld zu bezahlen, §. 316. Deſſen rechtl. Entſcheidung, durch welche die vorige Abh. erläutert wird, n. 80. S. 652.

y) l. 4. D. de trit. vin. ol. leg. l. 37. D. de leg. 1. l. 75. D. de leg. 3. Hommel obs. l. Indeß ſcheinen die angegebenen Geſetze keinen vollkommen ſtringenten Beweis der Beſchränkung des dem oneratus zugeſtandenen Wahlrechts zu liefern; am wenigſten für den Fall, wenn der oneratus die Leiſtung aus dem bei der Maſſe befindlichen Vorrath bewirkt; vgl. Mühlenbruch doctr. pand. §. 737. Ueber Fälle, in deren Angabe die Qualität fehlt, oder eine unmögliche Qualität angegeben worden iſt, l. 95. D. de V. O. l. 4. 7. §. 1. D. de trit. vin. ol.

§. 769.

Beſonders auszuzeichnen iſt der Fall, wenn für eine legirte Quantität von Naturalien ein Grundſtück angewieſen worden iſt, aus welchem ſolche Naturalien entnommen werden können (legat. reditus)[a]). Iſt A) die Rede von der Geſammtheit der Nutzungen oder doch von einer Quote derſelben, ſo iſt dies der Fall, in welchem das leg. reditus dem leg. ususfructus ſich nähert, ob es wohl von demſelben in mehr als einer Hinſicht weſentlich verſchieden erſcheinet[b]). In dieſem Fall richtet ſich die Größe des Legats immer nach dem Betrag der Nutzungen, welche wirklich erhoben worden ſind, oder erhoben werden konnten[c]). Wenn dagegen B) eine pars quanta der Nutzungen legiret worden iſt, ſo iſt zu berückſichtigen, ob die erfolgte Anweiſung zu dem Zweck, die Beſchaffenheit und den Inhalt des Legats ſelbſt näher zu beſtimmen, taxationis caussa, mithin als ein Theil der Diſpoſition; oder ohne dies als ein nudum

praeceptum, ein bloßer Vorſchlag über die Zahlungsweiſe, was man durch adjectio demonstrationis c. facta auszudrücken pflegt [d]), erfolgt iſt. In dem letztern Fall gilt das Legat als ein gewöhnliches leg. quantitatis, bei welchem nichts darauf ankommt, ob das angewieſene Grundſtück den legirten Betrag hergiebt oder nicht [e]), in dem erſtern Fall aber iſt das leg. quant. ein beſtimmtes, welches aus den wirklich erzeugten Nutzungen, aber immer voll, alſo, wenn der Ertrag des einen Jahres nicht zureicht, aus dem des andern gewährt werden muß [f]). Für beide Arten des leg. reditus iſt noch zu bemerken: 1) der Onerirte iſt verpflichtet, ohne Rückſicht, ob er Eigenthümer des Grundſtücks ſey [ff]). Er bleibt daher, wenn er Eigenthümer des Grundſtücks iſt, allein verpflichtet, auch wenn er das Grundſtück veräußern ſollte [g]). Iſt proprietas und ususfr. des Grundſtücks getrennt, und zweifelhaft, wer als onerirt anzuſehen ſey, ob der proprietarius oder ususfructuarius, ſo muß wohl der Letztere als onerirt angeſehen werden [h]); das dem usufructuarius auferlegte Legat geht auch nach eingetretener Conſolidation nicht auf den Proprietar über [i]). 2) Das leg. reditus kann ſowohl aus einfachen als aus wiederkehrenden Leiſtungen beſtehen [k]), und es iſt, wenn Zweifel entſtehen, ob das eine oder das andre vorliegt, nach den oben angegebenen Regeln zu entſcheiden [l]). Iſt das Letztere der Fall, ſo tritt die Regel, daß der Defect des einen Jahres aus dem Ueberſchuß des andern zu ergänzen ſey, ganz beſonders hervor [m]), und das Legat fällt mit dem Tode des Legatars weg [n]). 3) Der Legatar hat kein Recht an das Grundſtück; namentlich kein Pfandrecht [o]), auch kein Recht, die Veräußerung zu verhindern [p]), wenn ihm dies nicht ausdrücklich vorbehalten worden iſt; und eben ſo wenig ein Recht gegen den dritten Beſitzer [q]). — Aehnliche Grundſätze ſind anwendbar, wenn ſtatt der Naturalien Geldpräſtationen den Gegenſtand des Legats bilden, welche übrigens entweder als Zahlungen aus dem Ertrag der Nutzungen einer Sache [r]), oder als Zinſen eines Kapitals vorkommen können [s]).

a) Vgl. Mühlenbruch doctr. pand. §. 738.

b) Der weſentliche Unterſchied bleibt immer der, daß bei dem leg. ususfr. der Legatar ein jus in re, ein Befugniß, die Nutzungen unmittelbar, aber auch mit eignem Aufwand, zu gewinnen, erlangt, und um in den Genuß des Legats geſetzt zu werden, eine actio realis hat; bei leg. reditus hingegen der Legatar nicht unmittelbar die Nutzungen zieht, ſondern von den durch einen Andern gezogenen Nutzungen ſeinen Antheil koſtenfrei erhält, und deshalb nur die actio personalis ex test. anſtellen kann; vgl. l. 38. D. de usufr. leg. Glück IX. §. 632. Roßhirt II. 2. §. 15. S. 103. und 3. §. 15. S. 174. Uebrigens wird l. 20. D. de usufr. l. 41. D. de usufr. leg. in dem Fall, wenn die fructus annui eines Grundſtücks legirt worden ſind, ein leg. ususfr. angenommen, obgleich d. l. 38. in einem ähnlichen Fall leg. reditus annimmt. Der Unterſchied zwiſchen dieſen verſchiedenen Geſetzſtellen beruhet darauf, daß in der letztern die Diſpoſition in einer Auflage an den Onerirten, dari volo, beſteht, während in den beiden erſtern verba directa, do lego angenommen werden. Dies ſcheint auch hier, wo es ſich bloß um Ermittelung der voluntas testatoris handelt, der Natur der Sache vollkommen gemäß und mit Aufhebung des Unterſchieds zwiſchen leg. vindicationis et damnat. keinesweges praktiſche Bedeutung verloren zu haben. Wäre übrigens das do lego auf fructus redactos bezogen, ſo läge jeden Falls leg. reditus vor, l. 58. §. 1. D. de usufr. Bynkershoek I. obs. 2. 25. Ueber den Fall, in welchem die Nutzungen eines erpachteten Grundſtücks legirt worden ſind, l. 30. §. 1. D. de leg. 3. Dem Onerirten war hier zugleich die Auflage geſchehen, dem Legatar die Pachtung zu überlaſſen und ihm die Benutzung zu geſtatten; was nach dem Geſetz die Wirkung hat, daß nicht nur der Legatar ſelbſt die Früchte gewinnen kann, ſondern auch der Onerirte das Pachtgeld zahlen muß. Letzteres wird wahrſcheinlich aus dem Umſtand gefolgert, daß auch die fructus ſelbſt, nicht bloß die Pachtung, legirt worden waren. Wäre dies nicht der Fall, bloß der Pacht legirt, was allerdings in praxi vorkommt; vgl. Elvers juriſt. Zeit. I. 61. S. 243., ſo müßte der Legatar den Pachtzins aus eignen Mitteln tragen.

c) Gegen dieſen Satz läßt ſich nichts von Erheblichkeit einwenden; für denſelben ſtreitet, daß ein Legat deſſen, quod natum erit, überhaupt als ein bedingtes und als ein incertum betrachtet wird; l. 1. D. de op. serv. l. 1. §. 3. D. de C. et D. l. 16. pr. l. 25. §. 2. D. qu. dies. leg. l. 75. D. de V. O. Inzwiſchen kommt doch darauf etwas an, ob die Nutzungen beſtimmter Jahre den Gegenſtand des Legats bilden, oder nicht. Denn in dem letztern Fall geht das Legat darum noch nicht verloren, weil in einem beſtimmten Jahre keine Nutzungen gewonnen wurden. Daß der one=

rirte Beſitzer des Grundſtücks verantwortlich werde, wenn durch ſeine Schuld weniger an Nutzungen gewonnen worden iſt, folgt aus l. 38. D. de usufr. leg.; die hier entſtehende quaestio de fructibus percipiendis kann auch in Sachſen nicht nach dec. 2. v. J. 1746. beurtheilt werden; vgl. §. 472.

d) Vgl. Averan. interpr. II. 27. Richtiger würde man dieſe beiden verſchiedenen Arten des Legats bezeichnen, wenn man demonstratio als Gattungsbegriff annähme, und zwiſchen einer nuda demonstratio und einer demonstratio taxat. c. unterſchiede.

e) l. 96. pr. D. de leg. 1. l. 27. §. 2. D. de leg. 3. l. 12. D. de alim. leg.; wenn nicht etwa auch hier die Bedingung, si natum erit, ausdrücklich beigefügt worden iſt, d. l. 1. §. 3. D. de C. et D. l. 25. D. qu. dies leg.

f) d. l. 38. l. 5. 13. D. de trit. vin. ol. leg. l. 17. §. 1. D. de ann. leg. Und zwar ohne Unterſchied, ob von einer einfachen Leiſtung oder von wiederkehrenden Leiſtungen die Rede iſt, d. l. 5. l. 26. pr. quando dies leg. Hofacker §. 1497. Roßhirt a. a. O. S. 164. Der Onerirte iſt alſo nicht verpflichtet, den für ein beſtimmtes Jahr eintretenden Defect anders woher zu decken, ſondern der Legatar muß ſich, wenn nicht etwa der Onerirte den Defect verſchuldet hat (vgl. not. c.), gedulden, bis ein folgendes Jahr die Ergänzung des Defects möglich macht, obwohl nach l. 13. D. de trit. vin. et ol. der Onerirte auch aus dem Ueberſchuß des vorhergegangenen Jahres zu zahlen verpflichtet iſt; auf der andern Seite aber der Legatar der Annahme deſſen ſich nicht entbrechen zu können ſcheint, was der Onerirte ihm anders woher in gleicher Qualität wie die Nutzungen des angewieſenen Grundſtücks zahlt; a. l. 38. D. de usufr. leg.; vgl. auch l. 12. D. de ol. leg. — Was übrigens in dubio anzunehmen ſey, ob nuda demonstratio oder dem. taxationis caussa facta? darüber iſt man nicht einverſtanden. Allgemein giltige Merkmale für das eine oder das andre laſſen ſich ſchwerlich angeben, obwohl Mehrere ein Gewicht darauf legen, ob die demonstratio mit Beſtimmung der quantitas legati in einem und demſelben Satz geſchehen ſey (was eine dem. tax. c. involviren ſoll) oder nicht; vgl. Berger Oec. II. 4. 24. not. 10. Stryck caut. test. XX. §. 14. Quiſtorp Beiträge n. 11. Averan. l. l. §. 17. Böhmer Rechtsf. III. 191. qu. 1. Glück und Geiger Rechtsf. I. 9. §. 6. ff.

ff) l. 21. pr. D. de ann. leg. Der Beſitzer des Grundſtücks haftet als ſolcher nicht, wenn nicht auf den fundus das Legat als Reallaſt aufgelegt oder hypothecariſch verſichert worden iſt.

g) d. l. 21. pr. l. 12. ib.

h) Pistor. I. qu. 10. n. 7. Carpz. p. III. c. 13. def. 7. Dafür entſcheidet der muthmaßliche Wille des Teſtirers in allen Fällen,

nur den etwa ausgenommen, in welchem eine pars quanta legirt worden, und die Anweiſung des Grundſtücks als nuda demonstratio anzuſehen iſt. Es läßt ſich nämlich nicht vorausſetzen, daß der Teſtirer mit dem Legat einen Andern belaſtet habe, als den, welcher unmittelbar im Stande iſt, daſſelbe zu gewähren. Für den Fall, daß die Trennung der Proprietät von dem ususfr. des Grundſtücks in dem letzten Willen ſelbſt ausgeſprochen worden wäre, ſcheint l. 41. §. 1. D. de leg. 3. l. 8. §. 4. C. de bon. quae lib. ein Argument für dieſe Anſicht darzubieten; vgl. auch die folg. Note.

i) l. 19. pr. D. de ann. leg. l. 20. §. 2. D. de alim. leg. Aber auch die Erben des verſtorbenen usufructuarius ſind nicht weiter gehalten, wenn der ususfruct. durch den Tod ſeine Endſchaft erreicht hat, d. l. 16.

k) Vgl. §. 761.

l) Vgl. §. 761. not. c. l. 58. §. 1. D. de usufr. ſcheint die Vermuthung für wiederkehrende Leiſtungen zu begründen.

m) l. 17. §. 1. D. de ann. leg. l. 13. D. de trit. vin. ol. leg. l. 12. D. de ann. leg.

n) l. 8. D. de ann. leg.

o) l. 12. D. de ann. leg.

p) l. 38. D. de usufr. leg. l. 21. pr. D. de ann. leg.

q) Den Fall ausgenommen, wenn eine Hypothek oder Reallaſt beſtellt worden iſt; vgl. l. 9. l. 18. pr. D. de ann. leg. l. 12. D. de alim. leg.

r) l. 21. pr. D. de ann. leg. l. 26. pr. D. qu. dies leg. Aus dem letztern Geſetz folgert man, daß hier die Einkünfte, aus welchen die Geldleiſtung gewährt werden ſoll, in dubio nur nudae demonstrationis, nicht taxationis c. angewieſen worden ſeyen; vgl. Werner. de leg. pecuniae §. 15. Glück u. Geiger Rechtsf. I. 9. Böhmer Rechtsf. n. 191.; vgl. auch Pütter Rechtsf. I. 4. n. 109

s) Vgl. E. G. Ch. Klügel. de quantitate annua in p. caussae favorem legata, certa quamvis sorte assignata immutabili. Viteb. 1749. Glück Comm. IX. §. 644. v. Hartitzſch n. CCXLVI. Böhmer Rechtsf. I. 33. Hier werden beſonders die Fragen berührt, was Rechtens ſey, wenn der Zinsertrag ſich mindert oder wenn die Zinſen nicht vollſtändig eingehen; ob der Legatar gegen den Erben oder den Schuldner klagen könne; ob er zu den Koſten der Einklagung beizutragen habe. Die erſte Frage kann wohl nur in dem Fall, wenn eine pia caussa betheiligt iſt, mit einigem Schein dahin beantwortet werden, daß der Onerirte das Fehlende zuſchießen müſſe, ſonſt geht, da hier eine Compenſation des Defects mit einem etwaigen Ueberſchuß nicht leicht vorkommen wird,

der Verluſt über den Legatar. Der Legatar ſcheint übrigens auch hier nur ein Klagrecht gegen den Erben zu haben; wenn ihm nicht eine Art von quasi ususfructus beſtellt worden iſt. In dieſem Fall kann er ſelbſt die Zinſen, aber auch nur auf ſeine Koſten, einklagen; außerdem erlangt er von dem Onerirten Einziehung der Zinſen, ohne zu einem Koſtenbeitrag gehalten zu ſeyn.

§. 770.

X. Wenn ein Gut mit andern Sachen, welche nicht zu den Acceſſionen deſſelben gehören [a]), wohl aber ſonſt in einer gewiſſen Verbindung mit demſelben ſtehen [b]), vermacht worden iſt, ſo liegt eigentlich ein doppeltes Legat vor, welches einmal das Gut, und dann die mit demſelben in Verbindung ſtehenden Sachen zum Gegenſtand hat [c]). Hierher gehört 1) das Vermächtniß eines Gutes mit dem Inventario [d]) (legatum fundi cum instrumento). In dieſem Falle bekommt der Legatar alles dasjenige, was zum Feld- und Gartenbau und zur Viehzucht erforderlich, und bei dem Gute wirklich vorhanden iſt, z. B. das Vieh, Ackergeräthe, Saamengetreide ꝛc. [e]). Iſt hingegen 2) ein völlig eingerichtetes Gut vermacht worden (fundus instructus), ſo bekommt der Legatar über dieſes auch Alles, was zum eignen Gebrauche oder zur Verzierung und bequemen Einrichtung des Gutes daſelbſt befindlich iſt [f]); keineswegs aber diejenigen Sachen, welche zum Verkauf bereit liegen [g]). Iſt ferner 3) ein Gut mit allem, wie es ſteht und liegt, vermacht worden, ſo erhält der Legatar alle Sachen, welche daſelbſt befindlich ſind, ſelbſt diejenigen, welche zum Verkauf aufbewahrt worden [h]). Endlich kommt auch 4) eine Art des Vermächtniſſes vor, deſſen Gegenſtand bei den Römern als fundus optimus maximus bezeichnet wird, bei welchem der Legatar außerdem, was ad instrum. fundi und ad fundum instructum gehört, auch Befreiung des fundus von Servituten fordern kann [i]). Uebrigens iſt das, was ad instrumentum, ad instructum, ad optimum maximum gehört, bei den verſchiedenen Arten der Grundſtücke verſchieden [k]), wie denn auch dieſe Bezeichnungen in Beziehung auf Anderes, was nicht zu den Immobilien gehört, vorkommen [l]).

a) Schmidt de instr. fundi. Viteb. 1806. Die Acceſſionen folgen bekanntlich allemal der Hauptſache (vgl. §. 406. ff.), hier dem Grundſtück, und bilden alſo mit dieſem ein einziges Legat, l. 12. §. 23. 24. l. 21. 26. D. de instr. vel instr. leg.; vgl. l. 8. pr. l. 40. §. 5. 6. l. 47. 76. 78. pr. D. de C. aut.

b) Es gehören dahin nur bewegliche Sachen, die mit dem Grund und Boden oder dem, was mit dem Grund und Boden zuſammenhängt, nicht feſt verbunden, auch nicht zu einer ſolchen feſten Verbindung beſtimmt ſind; vgl. l. 12. §. 11. 13. D. de instr. vel instr. leg., auch wenn ſie erſt post testam. conditum hinzugekommen ſind, l. 8. pr. l. 24. §. 2. l. 44. §. 4. D. de leg. 1. §. 10. 38. D. de leg. 2. l. 41. §. 5. D. de leg. 3., Fructus pendentes gehören alſo auf keinen Fall hierher, l. 11. §. 12. D. de instr. vel instr. Auch dieſe Früchte fallen mit dem fundus dem Legatar zu, l. 44. D. de R. V. c. 13. p. III. Carpzov. ad l. c. def. 6. Zweifel hatte bei den ältern ſächſ. Juriſten das Landr. II. 58. erregt. H. Pistor. I. qu. 24. M. Coler. dec. I. 286. n. 101. Gottschalk. I. 32. p. 331. Gerechtigkeiten, welche ſpäterhin auf dem Grundſtück haften, gehören jeden Falls auch zu den Acceſſionen, auch ſolche, welche ſelbſtſtändig beſtehen, aber von dem Teſtirer immer mit dem Grundſtücke zugleich benutzt worden ſind. So entſchied wenigſtens der Schöppenſtuhl zu Leipzig im Septbr. 1727 bei Salig Elect. jur. theoret. pract. II. 65., in Anſehung einer Backgerechtigkeit, welche auf dem legirten Hauſe ausgeübt worden war. Eine andere allgemeine Beſtimmung läßt ſich nicht geben; vielmehr ſind nur zu unterſcheiden 1) Sachen, welche zu Benutzung und Gebrauch des fundus dienen, l. 12. §. 15. seq. l. 19. pr. l. 20. §. 5. D. de instr. vel instr. leg., wohin instrumentum fundi, und außerdem andre Sachen, welche die dos praediorum bilden, gehören, l. 2. §. 1. l. 20. §. 1. 3. D. de instr. et instr. Hierbei kommt aber wieder theils der Wille des Teſtirers, insbeſondere der Zweck, zu welchem er gewiſſe Sachen benutzte, theils mos regionis in Betracht, l. 18. §. 3. D. de instr. vel instr. 2) Sachen, welche bloß in dem Grundſtück ſich befinden, l. 12. §. 21. 37. n. l. 1. C. de verb. et rer. sign. Dieſe gehören nicht zu dem Legat; vgl. l. 18. §. 12. 13. l. 27. §. 3. 4. Was den Zeitpunct anlangt, nach welchem der Umfang des Legats ſolcher Sachen beſtimmt wird, ſo kommt auch hier nicht die Zeit des errichteten Teſtaments, l. 19. pr. D. de instr. vel instr. leg., ſondern tempus mortis oder dies cedens legati in Betracht, l. 28. ib. l. 28. D. qu. dies leg. Doch kann auch hier eine Ausnahme ob voluntatem testatoris Statt finden, l. 20. §. 9. D. de instr. vel instr. leg.; vgl. l. 35. D. de her. inst. §. 768. not. f.; vgl. übrigens über die hier in Frage kommenden Arten der Legate Weſtphal Arten der Verm. §. 374—501.

Roßhirt II. §. 5. S. 47. Leyſer sp. 388. Müller. ad L. obs. 605.

c) l. 1. pr. §. 1. l. 5. D. de instr. vel instr. leg. Inzwiſchen ſcheint doch von dem leg. fundi das leg. der übrigen Sachen inſofern abhängig, als wenn erſteres wegfällt, auch wegen des zweiten ein Anſpruch in der Regel nicht weiter gilt; dies wird wenigſtens von dem leg. fundi c. instrumento ausgeſagt, d. l. 1. §. 1., wiewohl nach l. 5. ib. dies in aller Strenge nur auf den Fall anwendbar ſeyn ſoll, wenn fundus *cum* instrumento hinterlaſſen worden iſt.

d) Berger. Oec. II. 4. 27. Hofacker §. 1498. Weſtphal a. a. O. §. 374—426. Deſſelben Rechtsgutachten n. 60. Was zu dem instrumento gehöre? darüber iſt l. 8. pr. und beſonders l. 12. D. de instr. vel instr. leg. zu vergleichen. Daß das instrumentum fundi nicht ipso jure unter dem leg. fundi begriffen ſey, ſ. l. 2. §. 1. l. 21. 26. pr. D. de instr. vel instr. leg. l. 40. §. 6. l. 47. 76. pr. l. 78. pr. D. de c. ant. vgl. §. 411. Einen Fall, in welchem das instrumentum in dem Legat des Grundſtücks enthalten iſt, ſ. l. 20. §. 2. D. de instr. vel instr. leg. Auch iſt unter dem ususfr. eines Grundſtücks das Recht das instrumentum zu benutzen begriffen, l. 9. §. 7. l. 15. §. 6. D. de usufr.

e) Was das Vieh anlangt, vgl. außer d. l. 8., l. 9. 25. pr. ib. Das Zugvieh gehört in der Regel ad instrumentum fundi, l. 12. §. 1. ib., das Zuchtvieh aber wenigſtens dann nicht, wenn es nicht des fundus wegen, ſondern einer ſelbſtſtändigen Benutzung halber gehalten wird, d. l. 9. — Ob das für den fundus benutzte Vieh immer in dem fundus eingeſtellt ſey, darauf kommt im Allgemeinen nichts an, l. 4. 12. §. 8. ib. Die Rückſicht, welche man vornehmlich im neuern Recht auf die Möglichkeit, daß das Vieh von dem Ertrag des fundus unterhalten werden könne, nimmt, hat bei den römiſchen Juriſten wenigſtens nicht allgemeinen Eingang gefunden, l. 25. pr. ib. In Anſehung der Vorräthe iſt das Legat allerdings durch den Bedarf der Wirthſchaft beſchränkt, d. l. 12. §. 29. 30. ſ. 19. §. 1. l. 27. §. 2. (über welche zu vergleichen Averan. II. 28.) l. 1. C. de V. S., alſo das ausgeſchloſſen, was zum Verkauf oder custodiae caussa aufbewahrt wird; vgl. Leyſer l. l. med. 5. Müller. ad L. obs. 606.

f) Fundus instructus enthält das instrumentum fundi, aber außerdem noch mehr; nämlich auch Geräthſchaften, welche nicht bloß für die Bedürfniſſe des fundus, ſondern auch für die des Beſitzers angeſchafft worden ſind, l. 12. §. 27. 28. 30. l. 20. pr. D. de instr. vel instr. leg. Berger und Hofacker a. a. O., unter dieſer Vorausſetzung auch Hausgeräthſchaften, d. l. 12. §. 28. 35. 37. 43. l. 15. §. 1. ib.; auch Vorräthe, die der Beſitzer zu ſeinem

Gebrauch aufbewahrt, d. l. 12. §. 28. 29. 41.; Kleidungsſtücke, l. 12. §. 28. 41. l. 18. §. 13. ib.; Bücher, l. 12. §. 34. Nach l. 5. D. de instr. vel instr. leg. ſcheinen einige Juriſten den Ausdruck fundus instructus für gleichbedeutend mit fundus cum instrumento genommen zu haben.

g) l. 1. C. de V. et R. S. Ueberhaupt nicht Sachen, welche zu andern Zwecken als zum Gebrauch während des Aufenthalts in dem Grundſtück, insbeſondere custodiae caussa aufbewahrt werden, d. l. 12. §. 29. 30. 37. 39. 40.

h) l. 27. §. 3. D. de instr. vel instr. leg. Stryck. us. mod. XXX. §. 42. 44. Die hierher gehörigen Ausdrücke, welche in dem röm. Recht vorkommen, ſind fundus uti est, l. 101. §. 1. D. de leg. 3. fundus, cum omnibus, quae ibi sunt, l. 86. 92. ib. l. 20. §. 2. 6. D. de instr. leg. Zweifelhaft und ex facto zu beurtheilen iſt der Ausdruck, sicut possedi, l. 20. §. 9. D. de instr. l. 91. §. 1. D. de leg. 3.; vgl. Gottſchalk III. disc. I. p. 2. Doch ſind immer nur Sachen zu verſtehen, welche gewöhnlich daſelbſt aufbewahrt werden, nicht bloß zufällig zur Zeit des Todes daſelbſt ſich finden, l. 18. §. 12. l. 27. pr. §. 1. D. de instr. vel instr. leg. l. 41. §. 6. l. 44. l. 78. §. 7. l. 86. D. de leg. 3.; vgl. §. 768. not. o. Eben ſo ſind das baare Geld, ſowie die vorhandenen Documente auszunehmen, l. 44. 78. §. 1. l. 79. §. 1. l. 86. l. 92. §. 1. D. de leg. 3. l. 27. §. 3. D. de instr. vel instr. leg.; Gottſchalk III. disc. I. Hommel Pertinenz. Regiſter voc. fundus. Nach Winkler ad Berger. Oec. ſoll dagegen, wenn ein Grundſtück, wie es ſteht und liegt, verkauft worden iſt, immer nur fundus c. instrumento verſtanden werden; vgl. Mittheil. des Voigtl. Vereins IV. 2.

i) Vgl. l. 18. §. 9. l. 22. pr. D. de instr. l. 69. §. 3. D. de leg. 1. l. 93. §. 4. D. de leg. 3. Was insbeſondere die Freiheit von Servituten anlangt, ſ. l. 90. 169. D. de V. S. l. 69. §. 1. j. l. 59. D. de c. emt. l. 48. 75. D. de evict. Dagegen wird ein jus servitutis nicht gewährt, d. l. 90. 169. l. 75. D. de evict. Ausgeſchloſſen bleiben auch hier Sachen, welche nur custodiae caussa in dem fundus aufbewahrt werden, l. 93. §. 4. D. de leg. 3., und Vorräthe, inſofern ſie nicht ſchon unter dem leg. fundi c. instrumento und fundi instructi begriffen ſind; vgl. l. 18. §. 9. D. de instr. l. 93. §. 4. D. de leg. 3.

k) So z. B. iſt, wenn domus cum instrumento legirt iſt, alles Das legirt, was zur Erhaltung und zu dem Schutz des Hauſes gehört, nicht Verzierungen oder Hausrath; l. 17. §. 7. D. de A. E. V. l. 12. §. 16. l. 26. pr. D. de instr. l. 245. de V. S.; domus instructa enthält aber auch das Hausgeräthe, l. 12. §. 40. l. 15. §. 1. D. de instr. Carpzov. p. III. c. 13. def. 28.

i) So taberna instructa, l. 7. 13. pr. 15. pr. 23. D. de instr. vel

instr.; eine Schenk- oder Backnahrung, l. 13. pr. l. 15. pr. l. 18. §. 1. ib.; navis cum instrumentis, l. 29. ib. u. dergl.; vgl. Roßhirt a. a. O. S. 51.

§. 771.

XI. Das Vermächtniß der Alimente. Unter Alimenten verſteht man Alles, was zum Lebensunterhalt nothwendig iſt, mithin auch Kleidung und Wohnung[a]), keinesweges aber die Koſten des Studirens[b]) (dafern nicht, daß der Teſtirer ſolche darunter begriffen, erwieſen wird)[c]), noch auch die Begräbnißkoſten[d]). Dafern der Teſtirer 1) in Abſicht auf den Betrag der Alimente nichts Gewiſſes feſtgeſetzt hat, ſo beſtimmt der Richter denſelben, wobei er auf die Gewohnheit des Verſtorbenen, und wie viel er bei Lebzeiten zu geben pflegte, auf den Stand des Legatars, auf die Verhältniſſe, in welchen dieſer mit dem Teſtirer ſtand, auf den Beſtand der Erbſchaft ꝛc. Rückſicht zu nehmen hat[e]). 2) Sind die Alimente ohne Beſtimmung einer Zeit vermacht worden, ſo müſſen ſie dem Legatar bis an ſeinen Tod gereicht werden[f]); hat aber der Teſtirer eine gewiſſe Zeit beſtimmt, ſo erhält er ſie bis zu deren Ablauf; wenn jedoch der Legatar noch vorher ſtirbt, ſo können deſſen Erben die noch übrigen Alimente nicht fordern, wohl aber die bei Lebzeiten ihres Erblaſſers im Rückſtande verbliebenen[g]). Die bis zur erlangten Mündigkeit vermachten Alimente erhalten Mannsperſonen bis zum 18ten, Weibsperſonen bis zum 14ten Jahre[h]). 3) Was die Perſonen betrifft, welche bei dieſer Art des Legats vorkommen, ſo iſt zwar in Anſehung des oneratus nichts beſonders zu bemerken[i]), wohl aber in Anſehung des Legatars, daß es auch Perſonen hinterlaſſen werden kann, welchen die test. factio activa nicht zuſteht[k]), daß es aber mit dem Tode des Legatars aufhört[l]). 4) Alimenta legata ſind praenumerando zu gewähren[m]). 5) Leg. alimentorum ſchließt keinesweges das Recht auf andre Emolumente aus, welche der Legatar von dem Teſtirer bereits empfangen hat, oder empfangen ſoll[n]). 6) Ein Anſpruch auf alimenta hat auch ohne ein förmliches Legat Statt, wenn der Wille

des Verſtorbenen feſtſtehet, und in Gemäßheit deſſelben Alimente eine gewiſſe Zeit hindurch präſtiret worden ſind [o]).

a) l. 6. 21. D. de alim. v. cib. leg. Berger Oec. II. IV. 27. not. 3. 4. Weſtphal Arten der Verm. §. 61—104. Roßhirt II. 2. §. 13. 14. Hiervon iſt das Vermächtniß der Victualien zu unterſcheiden, worunter bloß ſolche Sachen, welche zum Eſſen und Trinken gehören, verſtanden werden, ſie mögen übrigens zum häuslichen Gebrauch, oder zum Handel angeſchafft worden ſeyn. Auch das Malz wird dahin gerechnet. Berger Oec. l. l. n. 2.

b) Wenn das Legat nicht auf das Eine oder Andre beſchränkt iſt, d. l. 6. l. 21. 23. D. de al. leg. 1. 43. 44. D. de V. S.

c) l. 7. eod.

d) Arg. l. 8. §. 10. D. de transact. l. 14. pr. D. de al. leg. Berger a. a. O. not. 3.

e) l. 10. §. 2. l. 22. D. de alim. leg. l. 14. D. de ann. leg. Berger a. a. O. not. 3. Roßhirt §. 14. Ueber die Beſtimmung des Erblaſſers, quae vivus praestitit, vgl. l. 9. §. 1. l. 14. §. 2. l. 15. §. 1. 2. l. 16. §. 1. 3. D. de al. leg. Es kommt hier auf das an, was der testator in der letzten Zeit von ſeinem Tode zu präſtiren pflegte. Uebrigens wird auch hier nur das in Anſchlag gebracht, quod certam formam erogationis, nicht incertam liberalitatis voluntatem habet, l. 10. §. 1. D. de ann. leg. Sonſt können auch Alimente auf die Zinſen eines Kapitals oder die Einkünfte eines Grundſtücks angewieſen werden, l. 4. 8. 9. 10. pr. l. 13. 22. §. 1. D. de al. leg. l. 12. ib., welche den Fall berührt, wenn der angewieſene fundus zugleich als Pfand für alimenta legata dient; vgl. §. 769. §. 761. not. h. i. Ueber das Legat der Dienſtemolumente, welche der Legatar von dem Teſtirer bei deſſen Lebzeiten genoſſen hatte, vgl. Brockes. obs. 332. 333. Klein Annalen II. 29. Madihn Miſcellen I. 36. ingl. den Rechtsfall in Strippelmann n. Sammt. bemerkenswerther Entſcheidungen des OAG. zu Caſſel. Caſſel 1842. n. 28.

f) l. 8. §. 10. D. de transact. l. 14. §. 1. in fin. D. de al. leg.

g) l. 18. §. 1. D. de alim. Hofacker §. 1501.

h) l. 14. §. 1. D. eod. und dazu Averan. V. 10. Merill. obs. III. 29. Berger a. a. O. Der im Text aufgeſtellte Satz iſt auf den Fall zu beſchränken, wenn Alimente bis zur pubertas legirt worden ſind, wie das angez. Geſetz beweiſet und auch Berger annimmt. Dagegen iſt unter legitima aetas, Volljährigkeit, Mündigkeit nach gem. Recht, das 25ſte, nach ſächſ. Recht das 21ſte Lebensjahr zu verſtehen, l. 4. C. de his, qui ven. aet., wodurch die l. 50. §. 2. D. de leg. 3. geäußerten Zweifel beſeitigt

werden. In wieweit über dergleichen vermachte Alimente tranſigirt werden könne, wird im 4. Theil §. 1678. gezeigt werden.

i) Es kann hier namentlich der Fall eintreten, daß ein Dritter als executor testamenti über die Entrichtung des Legats Aufſicht führt. Ueber deſſen Befugniſſe ſ. l. 9. pr. D. de al. leg. Daß auch die Erben des oneratus verbindlich ſind, l. 16. pr. D. de al. leg.

k) Vgl. §. 749. not. b. l. 3. pr. D. de his, quae pro non scr.

l) Vgl. die not. d. angef. Geſetzesſtellen.

m) l. 12. 20. D. quando dies leg.; vgl. §. 761. not. ff. Uebrigens können von dem Legatar auch die alim. praeteriti temporis eingeklagt werden, l. 10. §. 1. l. 11. l. 18. §. 1. D. de al. leg. l. 12. §. 3. D. quando dies leg. l. 1. C. de fideic.

n) l. 9. §. 1. l. 16. §. 1. l. 18. pr. §. 3. l. 20. pr. l. 22. §. 1. D. de al. leg. Doch kommen dabei manche factiſche Umſtände in Betracht; namentlich wird in dem Fall, wenn verſchiedene letztwillige Verfügungen, welche, wie Teſtament und Codicill, oder mehrere Codicille, neben einander beſtehen können, die Frage entſtehen, ob die frühere Dispoſition durch die ſpätere aufgehoben worden ſey oder nicht; vgl. Böhmer Rechtsf. I. 33. qu. 2. Madihn Miscellen n. 36.

o) l. 1. C. de fideic.; vgl. A. Faber conject. I. 8. Unterholzner Lehre von der Verjährung II. §. 253. S. 297.

§. 772.

Uebrigens bemerken wir noch in Anſehung folgender Vermächtniſſe, und zwar 1) des Mobiliarnachlaſſes, daß hierunter nicht nur das baare Geld, ſondern auch die außenſtehenden Schuldforderungen begriffen werden [a]); da hingegen 2) das Vermächtniß des baaren Geldes weder die Schuldforderungen [b]), noch auch die zurückgezahlten Capitalien, welche wiederum zum Ausleihen bereit liegen, in ſich begreift [c]). 3) Unter dem Vermächtniſſe des Goldes und Silbers werden nur Gold- und Silbergeräthe, auch unverarbeitetes Gold oder Silber, nicht aber geprägtes Geld verſtanden [d]).

a) Arg. Conſt. 23. P. III. Unter dem bloßen Ausdrucke Mobilien hingegen würden zwar außer den Meubles und dem Hausrathe das baare Geld, keinesweges aber die außenſtehenden Schuldforderungen, noch auch die zum Ausleihen beſtimmten Geldſummen zu verſtehen ſeyn, l. 79. §. 1. de legat. 3. Wernher P. I. Obs. 284. u. P. X. obs. 358. Baur Pr. Resp. jur. 10. L.

1792. add. Stryck. us. mod. XXX. §. 43. Quiſtorp r. Bem. II. 43. beſonders aber Gottſchalk disc. III. 1. p. 17. seq. Roßhirt II. 2. §. 17. S. 116. ff. Daß unter dem bloßen legato der Mobilien, auch wenn man dieſen Ausdruck in einem weitern Sinn als den Ausdruck Meublen nimmt, pecunia nicht begriffen ſey, ſ. Gottſchalk l. l. Noch weniger ſind Schuldforderungen in dem Legat der Mobilien begriffen; denn der Unterſchied zwiſchen beweglichen oder unbeweglichen Sachen paßt eigentlich nur auf körperliche Sachen, und ein Fall, in welchem man veranlaßt wäre, Forderungsrechte unter die eine oder die andere Claſſe der körperlichen Sachen zu rangiren, wie man dazu nach älterm ſächſ. Rechte in Bezug des Nachlaſſes einer Ehefrau ſich veranlaßt glaubte, um nicht ungewiß zu laſſen, wem ſolche Incorporalien zufielen, ob dem Mann oder dem andern Erben, iſt hier nicht vorhanden. Es iſt daher, wenn nicht ein andrer Wille des Teſtirers mit Beſtimmtheit nachgewieſen werden kann, bei dem, was die Natur der Sache mit ſich bringt, ſtehen zu bleiben, und anzunehmen, daß unter dem Legat der Mobilien nur körperliche Sachen zu verſtehen ſeyen. Ob nun daſſelbe auf das, was man gewöhnlich unter Forderungen verſteht, zu beſchränken, oder auch auf Obligationen, die auf Briefsinhaber geſtellt ſind, zu erſtrecken ſey? iſt die Frage. Der Umſtand, daß ſolche Papiere, namentlich Staatspapiere, in dem Verkehr als Geld benutzt werden, ſcheint für die verneinende Beantwortung dieſer Frage zu ſprechen. Inzwiſchen widerſtreitet dies doch dem, was über die Natur ſolcher Documente von Gönner von Staatsſchulden und Handel mit Staatspapieren. München 1826. §. 67. Bender der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1830. §. 35. bemerkt wird. Was unter dem Vermächtniſſe des Hausraths und der Meubles zu verſtehen ſey, ſ. oben §. 401.; vgl. Schmidt Rechtsſpr. n. 76. Böhmer Rechtsf. III. n. 232. Struben r. Bed. V. 49. (337. ed. 2.) Leyſer sp. 390. Müller ad L. obs. 608. Weſtphal Arten d. Verm. §. 502—523. Roßhirt a. a. O. §. 6. Struben r. Bed. V. 49. (337. ed. 2.) v. Hartitzſch n. CCXLVII. Suppellex, Hausgeräthe, iſt eine Art des instrumentum, das aber nicht zum Gebrauch und zur Benutzung des Grundſtücks, ſondern dem Bewohner des Hauſes für ſeine perſönlichen Bedürfniſſe dient, l. 1. 3. §. 2. D. de sup. leg.; vgl. mit l. 12. §. 15. 20. 23. 27. 43. D. de instr. vel instr. leg. Es iſt eben ſo wenig wie instrumentum als einbegriffen unter dem Legat des Grundſtücks anzuſehen, l. 14. D. de suppell. leg. Zur nähern Beſtimmung des Begriffs iſt zu bemerken: α) bloß lebloſe Mobilien, l. 2. D. de sup. leg., welche β) in dem Hauſe ſelbſt gebraucht werden, l. 1. 5. §. 1. ib., und zwar γ) zu Zwecken, welchen gemeinſame Bedürfniſſe, nicht ſolche, die ein beſtimmtes Gewerbe vorausſetzen,

zu Grunde liegen, l. 6. 7. §. 1. ib., gehören im Allgemeinen hierher; obwohl auch der Hausrath ebenfalls nach Beſchaffenheit des Grundſtücks verſchieden ſeyn kann, l. 12. ib. Auch rechneten die Römer nicht zum Hausrath Sachen, die unter einen beſondern Gattungsbegriff ſubſumirt werden können, wie Gold und Silber, ornamenta, vestimenta; vgl. Carpzov p. III. c. 13. def. 24. Weſtphal §. 574. ff. Roßhirt §. 9. Uebrigens kommt auch hier voluntas testatoris, jedoch nur inſofern in Betracht, als Sachen, von denen es zweifelhaft erſcheint, ob ſie zu dem Hausrath gehören, dahin gerechnet werden oder nicht, je nachdem der Teſtirer dieſe oder jene Anſicht gehabt hat, l. 3. §. 5. l. 7. §. 2. l. 9. pr. l. 10. pr. ib.

b) Arg. l. 78. §. 1. de legat. 3. Carpzov P. III. c. 13. d. 34. Berger Oec. II. IV. 27. 10. Stryck us. mod. XXXVI. 2. §. 3. Es iſt hier nicht von einem leg. quantitatis, ſondern von dem Fall die Rede, wenn entweder alles Geld, die Baarſchaft, oder das an einem beſtimmten Ort befindliche Geld legirt worden iſt; vgl. Werner. de leg. pecuniae. §. 6. 11. 13. 14. Richter decis. 37. p. I. Finkelthaus obs. 20.; vgl. auch §. 468. not. c.

c) Bauer Pr. Resp. jur. XI. L. 1792. Dagegen fragt ſich, ob unter dem leg. pecuniae begriffen ſeyen 1) alte Münzen und Medaillen, die nach einem gewiſſen Geldwerth ausgeprägt worden ſind und eigentlich nicht als Tauſchmittel, ſondern als species im Verkehr vorkommen; vgl. l. 27. §. 4. D. de auro arg. leg. Die Frage wird von Werner. de leg. pecun. §. 9. mit Recht verneint; 2) iſt unter dem leg. pecuniae auch dasjenige Geld begriffen, welches der Teſtator, insbeſondere ein Geldwechsler oder Banquier, zu ſeinem Geſchäft benutzte? Dieſe Frage ſcheint nach den §. 768. not. o. angef. Geſetzen beſonders l. 4. §. 2. D. de penu leg., namentlich in dem Fall verneint werden zu müſſen, wenn Geld, das an einem beſtimmten Ort ſich findet, legirt worden iſt. Inzwiſchen iſt doch dies in jenen Geſetzen befolgte Princip zu allgemein, als daß man nicht geneigt ſeyn ſollte, daſſelbe auch auf den Fall anzuwenden, wenn ohne die Beſtimmung eines Orts das baare Geld legirt worden wäre. Doch würde hier die §. 768. not. s. aus l. 32. §. 4. D. de auro arg. leg. hergeleitete Beſchränkung gelten.

d) l. 29. pr. l. 27. §. 1. D. de auro arg. leg. Berger a. a. O. not. 9. Ueber leg. auri, argenti, ornamentorum, mundi vgl. Weſtphal Arten der Verm. §. 524—610. Roßhirt a. a. O. 7. 8. 9. Ueber leg. auri et argenti insbeſondere Weſtphal Rechtsgutachten n. 60 b. Aus dem intereſſanten Detail, welches tit. D. de auro, arg. etc. leg. enthält, genüge es, einige Bemerkungen allgemeinern

Inhalts hervorzuheben. 1) Das leg. auri et argenti iſt, inſofern es einen Complex mehrerer Dinge zum Gegenſtand hat, entweder ein leg. quantitatis, wenn die Mehrheit der Sachen nach dem Gewicht zu gewähren iſt; vgl. §. 768. not. q., oder legat. generis, wenn aurum, argentum überhaupt, oder nach gewiſſen allgemeinen Merkmalen beſtimmt iſt. Ueber die praktiſche Bedeutung dieſer Verſchiedenheit vgl. §. 768. not. rr. 2) Wenn eine Sache nach dem Material, aus welchem ſie gefertigt worden iſt, zu Gold oder Silber, ihrer Einrichtung oder Beſtimmung nach, aber unter eine andre Rubrik von Sachen gehört, ſo iſt die Frage, zu welcher Claſſe die fragliche Sache gehöre? nach dem, was in dieſer Beziehung theils im gemeinen Leben angenommen wird, theils von dem Teſtirer angenommen iſt, zu entſcheiden, l. 19. §. 7. 8. 9. l. 27. §. 4. l. 32. §. 1. 2. D. de auro arg. leg. Nur ſcheint der Charakter des Hausgeräthes zu prävaliren; vgl. l. 7. D. de suppell. leg. d. l. 19. §. 8. 3) Wenn Gold und Silber, in Verbindung mit anderm Material, zu einem Ganzen verarbeitet worden ſind, ſo entſcheidet in Anſehung der Frage: welcher Claſſe von Dingen ein ſolches Ganze unterzuordnen ſey, die Regel accessorium sequitur principale, was aber nicht ſowohl aus dem Werth des Materials, als aus dem Zweck, zu welchem das Ganze dient, zu beſtimmen iſt, d. l. 19. §. 13. 14. 15. 20. l. 29. pr. §. 1. l. 32. §. 5. ib. Zachariae qu. V. n. 8. Aehnliche Fragen können bei dem Vermächtniß von Wäſche, Kleidern ꝛc. aufgeworfen werden. Bauer. resp. 35. L. 1794.

§. 773.

D. Was die Art und Weiſe betrifft, wie der Teſtirer das Vermächtniß hinterlaſſen kann, ſo geſchieht ſolches entweder ohne nähere Beſtimmung (pure), oder es geſchieht mit Beifügung einer Bedingung oder Beſchreibung, oder des Beweggrundes, oder des Endzwecks [a]).

a) Vgl. J. H. Böhmer. de differentia legat. puror. et non pur., praecip. int. Q. Falcid. Hal. 1757. §. 1—21. in Ex. ad pand. V. 79.

§. 774.

I. Wird das Vermächtniß unter Beifügung einer Bedingung ausgeſetzt, ſo gelten in der Regel die nämlichen Grundſätze, welche wir oben von bedingten Erbeinſetzungen angeführt haben (§. 683. f.) [a]). Hier bemerken wir nur Folgendes: 1) Hat es der Teſtirer einzig und allein der Willkühr des Erben überlaſſen, ob er das Vermächtniß

auszahlen wolle, ſo würde ſolches, da der Wille des Teſtirers hierbei ganz ohne Wirkung wäre, für gar kein Vermächtniß zu achten ſeyn [b]). 2) Von der Willkühr eines Dritten kann die Entrichtung des Legats nur inſofern abhängig gemacht werden, als eine Handlung deſſelben, oder ein ihn betreffendes Ereigniß zur Bedingung des Vermächtniſſes gemacht worden [c]). 3) Iſt die Entrichtung eines Vermächtniſſes dem Erben auf den Fall, da er eine gewiſſe Handlung thun oder nicht thun würde, zur Strafe auferlegt worden (legatum poenae nomine relictum) [d]), ſo gilt daſſelbe als ein bedingtes Vermächtniß, jedoch nur inſofern, als der Erblaſſer dem Erben nicht etwas phyſiſch oder moraliſch Unmögliches auferlegt hat [e]).

a) Tit. Dig. de condit. et demonstr. et causs. Auch können Vermächtniſſe gültiger Weiſe in diem und ex die hinterlaſſen werden, l. 1. eod., da hingegen nach gem. Recht bei Erbeinſetzungen, wie wir oben gezeigt haben, ſolches unzuläſſig iſt. Dies incertus, von dem man nicht weiß, ob er jemals eintreten werde, iſt auch hier als Bedingung zu nehmen. Daſſelbe gilt von einem dies, deſſen Eintritt zwar gewiß iſt, wie z. B. der Todestag eines Dritten, von welchem man aber nicht weiß, ob der Legatar den Eintritt erleben werde, l. 5. §. 1. l. 21. pr. l. 26. D. qu. dies leg. l. 1. §. 2. l. 4. pr. §. 1. l. 40. §. 2. l. 75. 79. pr. D. de C. et D. l. 46. D. ad Sct. Treb. Wernher p. VII. obs. 147. Iſt der in Frage ſtehende Zeitpunct der Todestag des Legatars, ſo wird angenommen, daß ein legatum heredibus legatarii pure relictum vorliege, l. 4. pr. §. 1. D. qu. dies leg.; vgl. Bülow und Hagemann Erört. V. 3. Reichardt verm. Aufſätze I. 11. Weſtphal Rechtsgutachten n. 70. Dies iſt die gemeine Meinung, gegen welche ſich erklärt und die Frage, welcher dies incertus der conditio gleichſtehe, für eine quaestio de voluntate testatoris, ob derſelbe das Recht ſelbſt oder nur die Ausübung deſſelben von dem dies abhängig machen wollte? genommen hat, Zimmern im Arch. für civ. Pr. IX. 18.; vergl. aber damit die Bemerkungen von Gottſchalk III. 3. und die Recenſ. in der Tübinger krit. Zeitſchr. für Rechtswiſſenſch. II. S. 181. Strippelmann Samml. bemerkenswerther Entſcheid. des OAG. zu Kaſſel. Kaſſel 1842. 1. Th. n. 32.

b) l. 43. §. 2. D. de leg. 1. add. l. 11. §. 7. D. ib. 75. pr. D. de leg. 1. l. 30. pr. D. de her. inst. l. 46. D. de fideic. lib.; vgl. Pufendorf obs. III. 9. C. F. Walch. de legato in arbitr. coll. Jen. 1761. in opusc. I. 9. Weſtphal Lehre v. Vermächtn. 328—337. Glück XXXIII. §. 1406. Schrader civ.

Abh. I. 3. Roßhirt I. 4. 3. §. 6. Der obige Satz fand nach römiſchem Recht nur Statt, wenn die Willkühr des oneratus als etwas Poſitives geſetzt worden war, si voluerit; nicht wenn die Dispoſition negativ, nisi noluerit, ausgedrückt war, l. 11. §. 7. D. de leg. 3.; vgl. Walch §. 11. Was Weſtphal a. a. O. §. 334. wohl nicht mit Unrecht für eine der heutigen Praxis fremde Subtilität erklärt. Dagegen leidet jener Satz keine Anwendung, 1) wenn nicht das ganze Legat, ſondern einzelne Beſtimmungen deſſelben, wie das Object, vorausgeſetzt, daß es certum iſt, l. 43. §. 3. D. de leg. 2. (vgl. §. 766. 767.), das Subject des Honorirten, l. 7. §. 1. D. de reb. dub. l. 46. §. 5. D. de fid. lib. Pufendorf l. l.; oder die Zahlungszeit in arbitrium heredis geſtellt worden ſind. In dem letztern Fall können nur erſt die Erben des oneratus auf Entrichtung des Legats belangt werden, l. 11. §. 5. l. 41. §. 13. D. de leg. 3. §. 22. I. de legat.; vgl. l. 46. D. de V. O. vgl. Horn. cl. VII. resp. 30. 2) Wenn die Entrichtung des Legats nicht direct in die Willkühr des Onerirten geſetzt iſt. Den Beleg für dieſen Satz liefern die in dem §. erwähnten legata poenae nomine. Inzwiſchen wird auch überhaupt angenommen, daß ein Legat darum nicht ungültig ſey, weil es von einem in der Willkühr des Erben gegebenen Thun oder Nichtthun abhängig gemacht worden iſt, l. 3. D. de leg. 2. l. 68. D. de her. inst. l. 52. D. de C. et D. Doch erregt, wenn namentlich von einem poſitiven Thun die Rede iſt, l. 43. §. 2. D. de leg. 1. l. 1. pr. D. de leg. 2. l. 46. §. 2. D. de fid. lib., Zweifel, worüber zu vergleichen Averan. interpr. II. 26. Walch §. 11. Glück a. a. O. S. 446. Glück und Geiger Rechtsfälle III. 35. Roßhirt §. 6. Einen Fall, in welchem das Legat von einem Nichtthun abhängig gemacht worden war, ſ. bei Canngießer I. dec. 47. — 3) Wenn nicht von reiner Willkühr des Erben, ſondern vom arbitrium boni viri die Rede iſt, l. 75. pr. D. de leg. 1. l. 1. §. 1. D. de leg. 2. l. 11. §. 7. D. de leg. 3. Walch §. 13. ff. Horn. resp. laud. Stryck de caut. test. XX. 4.

c) d. l. 1. pr. l. 43. §. 2. D. de leg. 1. l. 52. D. de cond. et demonstr. Iſt das leg. ausdrücklich in den Willen des Legatars geſtellt, ſo gilt daſſelbe als ein bedingtes, welches auf die Erben nicht transmittirt wird, wenn nicht der Legatar ſeinen Willen vorher erklärt hat, l. 65. D. de leg. 1. l. 69. D. de cond. et dem. Es fragt ſich indeß, ob dieſe Beſtimmung noch fortbeſtehe, nachdem eine ähnliche bei dem leg. optionis gültige in Wegfall gekommen iſt; vgl. §. 766. u. l. 85. D. de cond. et dem.

d) Bynkershoeck D. de legatis poenae nomine relictis (in Opuscc. tom. II. ed. Conradi.) G. H. Beckmann de leg. p. n. rel. Hal. 1748. J. G. Sammet de leg. poenae nomine. Lips.

1748. Majans. diss. de his, quae poenae c. relinquuntur; in deſſen diss. II. 42. G. H. Ayrer de emendat. definit. legalis legat. p. n. ad §. 36. I. de leg. Goetting. 1742. Thibaut Verſ. II. 5. n. 17. Abhandl. n. 4. S. 55. Göschen. obs. jur. rom. Berol. 1811. n. 3. S. 47. seq. Sell Verſuche im Gebiete des Civilrechts II. §. 64. Roßhirt I. 4. 3. §. 13. S. 367. Marcus de legat. poenae nomine relict. Lugd. Bat. 1808. Daß auch institutio coheredis poenae nomine erfolgen kann, ſ. §. 36. I. de leg.

c) §. fin. I. de legat. l. un. in f. C. de his, quae poen. nom. Die Wirkung einer einem Vermächtniß beigefügten Bedingung äußert ſich beſonders in Anſehung des dies cedens und veniens; vgl. §. 778. Die meiſten der für die Erbeinſetzung beigefügten Bedingungen §. 683. ff. angegebenen Sätze ſind auch hier gültig. Es giebt auch hier conditiones tacite adjectae; l. 107. D. de cond. et dem., conditiones impossibiles gelten auch hier pro non adjectis; vgl. jedoch l. 54. pr. D. de leg. 1. Ueber conditio nuptiarum, l. 72. §. 4. 5. D. de cond. et dem. Overbeck Med. IV. 301. 302. Ueber condit. relig. mutandae, Günther und Hagemann Arch. III. 8. S. 246.; über conditio aetatis, Günther rechtl. Bem. I. 1. Overbeck Med. IV. 243. Hommel obs. 374. Ueber den eventus mortis, Carpzov p. III. c. 9. def. 21. Böhmer Rechtsf. I. 11. Glück und Geiger Rechtsf. II. 17. Gottſchalk III. 3. p. 52. Was die beiden letztern Bedingungen betrifft, ſo iſt es die Frage, ob wirklich eine Bedingung oder nur ein dies solutionis vorliege, welche vornehmlich in Betracht kommt. Im Zweifelsfall iſt aber wohl das Erſtere anzunehmen.

§. 775.

II. Dafern der Teſtirer um mehrerer Gewißheit willen die Perſon des Legatars oder die vermachte Sache noch beſonders beſchrieben, oder auch ohne Benennung der Perſon oder Sache bloß beſchrieben hat (legatum sub demonstratione), ſo 1) ſchadet eine falſche Beſchreibung der Gültigkeit des Vermächtniſſes nichts, wenn man nur ſonſt verſichert iſt, welche Perſon oder Sache der Teſtirer gemeint habe [a]); 2) hingegen iſt das Vermächtniß ungültig, wenn es aus deſſen falſcher Beſchreibung erſichtlich iſt, daß ſich der Teſtirer in einem Irrthume befunden, welcher ihn zur Ausſetzung des Vermächtniſſes veranlaßt hat [b]).

a) §. 30. I. de legat. l. 7. §. I. C. ib. l. 35. §. 1. 2. l. 102. D. de leg. 3. l. 17. pr. §. 1. l. 27. 33. pr. §. 1. 2. l. 34. 40. §. 4. D. de cond. et

demonstr. Berger Oec. II. IV. 28. 5. Bauer. resp. 38. L. 1794. Weſtphal v. Vermächtn. §. 628—674. Glück XXXIII. §. 1405. S. 423. verb. mit Mühlenbruch XXXVI. §. 1421 h. S. 303. Roßhirt I. 4. 3. §. 8. Eben ſo wenig als falsa demonstratio ſchadet eine ſpäterhin eingetretene Veränderung der demonſtrirten Sache oder Perſon, l. 96. D. de leg. 1. l. 33. §. 2. D. de cond. et dem. Eine demonstratio kommt übrigens in Anſehung der legirten Sache vor durch Anweiſung des Orts, an welchem dieſelbe ſich befindet, §. 768. not. o., der Quelle, aus welcher ſie zu entnehmen iſt, vgl. §. 769. Auch das Beiwort meum dient als demonstratio; vgl. l. 85. D. de leg. 3. l. 7. D. de auro arg. leg.; vgl. Weſtphal §. 668. f. Eben ſo iſt es ein leg. sub demonstratione, wenn ein Dienſtherr ſeinem Diener das Lohn auf eine beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit legirt; vgl. über dieſe Art Legat Brockes. obs. 332. 333. Madihn Miscellen I. 36. Ueber demonstratio personae vgl. l. 33. pr. §. 1. D. de cond. et dem. l. 8. §. 3. D. de leg. 2.; ſ. auch oben §. 749. not. f.

b) l. 72. §. 8. D. eod. Vinnius II. qu. 27.

§. 776.

III. Hat der Teſtirer den Beweggrund angeführt, welcher ihn zur Verſchreibung des Vermächtniſſes bewogen hat (legatum sub caussa), ſo kommt nichts darauf an, wenn die angeführte Urſache falſch iſt [a]), dafern nicht der Erbe beweiſen kann, daß der Teſtirer, wenn er es gewußt hätte, daß die angeführte Urſache ungegründet ſey, das Vermächtniß nicht hinterlaſſen haben würde [b]).

a) §. 31. I. de legat. l. 17. §. 2. 3. D. de cond. et dem. tit. C. de falsa causs. adj. leg. (VI. 44.) Weſtphal §. 619—627. Roßhirt §. 9. S. 333.

b) l. 72. §. 6. D. de cond. et demonstr. Berger a. a. O. Carpzov p. III. c. 9. def. 20., c. 13. def. 20. VI. resp. 22. Struben rechtl. Bed. II. 503. V. 37. (n. 335. 336. ed. 2.) Nach Hommel obs. 757. würde es ſchon hinreichen, wenn der Teſtirer die angegebene caussa für wahr gehalten hätte, und der Erbe den Irrthum zu beweiſen vermöchte. Wenn man aus d. §. 31. I. d. l. 17. §. 3. D. als Ausnahme auch ableitet, daß falsa caussa ſchade, wenn ſie als Bedingung behandelt iſt, ſo muß man eine conditio in praeteritum concepta, die freilich nur uneigentlich zu den Bedingungen gerechnet wird, l. 10. in fin. D. de her. inst. l. 3. §. 13. D. de bon. lib. l. 37. 38. 39. D. de reb. cred. §. 6. I. de V. O., vorausſetzen. Denn auf etwas Zukünftiges paßt der Begriff von caussa gar nicht. Wie nun aber, wenn der testa-

tor eine causſa, die er als falsa kannte, in der Form einer conditio beigefügt hat? Tritt hier die Regel ein: falsa caussa non nocet? Nach der Hommelſchen Theorie würde dieſe Frage unbedenklich zu bejahen ſeyn. Indeſſen auch wenn man dieſer Meinung nicht beipflichtet, ſcheint gleichwohl daſſelbe angenommen werden zu müſſen, da man doch wohl ſchwerlich annehmen kann, daß der testator ein Legat, mit der Abſicht, daß es nicht präſtirt werden ſolle, angeordnet haben werde.

§. 777.

IV. Wenn endlich der Teſtirer einen gewiſſen Endzweck beſtimmt, zu welchem er das Vermächtniß ausſetzt (legatum sub modo)[a]), ſo muß der Legatar, wenn er das Vermächtniß annimmt, dem Willen des Erblaſſers Folge leiſten[b]), und deshalb Sicherheit beſtellen[c]), vorausgeſetzt nur, daß der Teſtirer, oder Erbe, oder auch ein Dritter an der Erfüllung der dem Legatar beſchehenen Auflage ein Intereſſe haben kann[d]). Da übrigens das legatum sub modo keinesweges für ein bedingtes, ſondern für ein unbedingtes Vermächtniß zu achten iſt[e]), ſo geht daſſelbe auch auf die Erben des Legatars, wenn dieſer nach des Teſtirers Tode, noch ehe er deſſen Willen erfüllen kann, verſtirbt[f]).

a) Vgl. über modus überhaupt und modus legato adjectus, Handb. III. §. 1273. Glück IV. §. 336. Schweppe I. §. 121. V. 799. Mühlenbruch doctr. Pand. I. §. 111. III. §. 652. Majans. D. de his, quae sub modo relinquuntur; in diss. II. 41. G. O. Mencken diss. de modo legato inscripto. Viteb. 1729. Hübner. disp. testamentar. cap. 10. Weſtphal §. 610—618. Roßhirt I. 4. 3. §. 20. Linde Zeitſchr. V. 18. Pfeiffer pr. Ausarbeit. I. 4. C. A. Lehmann. de modo negotiis adjecto. L. 1833. Um den Begriff modus richtig aufzufaſſen, muß man von dem Begriff Vorſchrift, praeceptum, ausgehen. Eine Vorſchrift bezieht ſich immer auf etwas Zukünftiges, was gethan oder nicht gethan werden ſoll. Sie iſt daher von caussa als Beweggrund weſentlich verſchieden; und die Erfüllung der Vorſchrift von Seiten deſſen, dem ſie ertheilt worden iſt, wird immer als etwas Poteſtatives gedacht. Die Pflicht zu der Erfüllung der Vorſchrift iſt bedingt theils durch phyſiſche und moraliſche Möglichkeit des Vorgeſchriebenen, l. 7. D. de fin. in de ann. leg. l. 71. §. 2. D. de cond. et dem., theils durch Eintritt eines beſondern Verpflichtungsgrunds auf Seiten deſſen, dem die Vorſchrift ertheilt wird. Unter dieſen Vorausſetzungen hat der, von welchem die Vorſchrift

ertheilt worden iſt, ſowie deſſen Erben, ein Recht, Erfüllung der Vorſchrift zu verlangen, welches indeß wie in andern Fällen, in denen die Befugniſſe des Berechtigten auf den Verpflichteten übergehen, durch Confuſion verloren geht. Iſt insbeſondere die Vorſchrift zu Gunſten eines Dritten erfolgt, ſo kann, wenigſtens nach den h. z. T. als gültig angenommenen Rechtsbegriffen (vgl. Handb. III. §. 1281.), auch dem Dritten ein Recht zugeſtanden werden, Erfüllung der Vorſchrift zu fordern. Eine Vorſchrift kann aber auch mit einer Conceſſion, namentlich einem Geben an den, dem die Vorſchrift ertheilt wird, verbunden ſeyn. Dann iſt ein modificirtes Geben vorhanden; die Vorſchrift ein modus des Gebens, der Conceſſion. Dabei laſſen ſich aber zwei Hauptfälle unterſcheiden, I. die Vorſchrift iſt die Hauptſache, die Conceſſion, das Geben Nebenſache, ein Mittel, welches Erfüllung der Vorſchrift bezweckt, indem durch daſſelbe entweder bloß der zu Erfüllung der Vorſchrift erforderliche Aufwand gedeckt, oder dem Erfüllenden eine Art von Entſchädigung gewährt werden ſoll. In beiden Fällen erſcheint die datio sub modo als eine datio sub caussa, aus welcher für den Geber auch ein Recht, das Gegebene in dem Fall der Nichterfüllung zurückzufordern, erwächſt. (Handb. III. §. 1208 ff.) Der erſte dieſer Fälle hat aber das Eigenthümliche, daß der Empfänger das weniger Aufgewendete nicht lucrirt, ſondern dem Geber zurückerſtatten muß, l. 88. §. 1. D. de leg. 1. l. 40. §. 5. dem. de cond. et dem. — Iſt dagegen II. das Geben die Hauptſache, ſo hat zwar der Geber auch das Recht, Erfüllung der Vorſchrift zu fordern; allein, daß er auch ein Recht habe, wegen nicht bewirkter Erfüllung Rückgabe des Gegebenen zu verlangen, das läßt ſich im Allgemeinen nicht behaupten. Doch iſt zu bemerken, daß ein ſolches Rückforderungsrecht eintritt, wenn Erfüllung der Vorſchrift zugleich als Bedingung beigefügt worden iſt, und daß bei einer donatio sub modo dem Geber ein jus revocandi ausdrücklich zugeſtanden wird, l. 1. C. de don., quae sub modo; vgl. Handb. III. §. 1343. Daß daſſelbe bei legatis sub modo gelte, ſ. not. d. Nach allem dieſem leuchtet der Unterſchied zwiſchen conditio und modus ein; vgl. Roßhirt I. 4. 3. §. 20. Daß ſelbſt in Fällen, in denen ob modum non servatum ein Recht, das Gegebene zu revociren, Statt hat, der modus noch immer von einer conditio resolutiva weſentlich verſchieden ſey, ſ. C. F. G. Meister. de eo, quod inter condit. resolut. et modum interest. Gölling. 1768. in opusc. II. 16. In manchen Fällen kann es allerdings zweifelhaft bleiben, ob die mit einem Geben verbundene Vorſchrift ein modus oder eine Bedingung ſey; und in einem ſolchen Fall ſoll nach Brunnemann ad l. l. C. de his, quae sub modo. Mencken. diss. l. §. 5. Mühlenbruch I. §. 111. Thibaut Pand. §. 102.; vgl. auch J. Fl. Rivinus de exact. legati piae

c. sub modo relicti. L. 1752. eher modus als conditio angenommen werden. Die Vorſchrift, das Gegebene zu einem beſtimmten Zweck zu verwenden, iſt eine der vorzüglichſten, wenn gleich nicht die einzige Art der datio sub modo. — Eine datio sub modo iſt nun auch bei letztwilligen Verfügungen gedenkbar; und ſie wird für den, dem durch die letztwillige Verfügung etwas gegeben wird, dadurch verpflichtend, daß er den letzten Willen agnoscirt, das durch denſelben Beſchiedene annimmt. Namentlich kann ein legatum sub modo hinterlaſſen und durch agnitio legati die ertheilte Vorſchrift verpflichtend werden, l. 19. D. de leg. 3. l. 40. §. 5. l. 79. D. de cond. et dem.

b) l. 17. §. 2. l. 44. D. de man. test. l. 21. §. 3. D. de ann. leg. N. 1. c. 1. Ein Recht, dies zu fordern, hat der, welcher mit Gewährung des Legats sub modo onerirt worden iſt, namentlich der Erbe, ſelbſt wenn er an der Folgeleiſtung kein ſpecielles Intereſſe haben ſollte, l. 19. D. de leg. 3. l. 7. D. de ann. leg. Beſteht der modus darin, daß einem Dritten etwas gewährt werde, ſo hat auch dieſer ein Recht, Erfüllung des modus zu fordern, l. 2. C. de his, quae sub mod.

c) l. 17. §. 4. l. 40. §. 5. (obwohl hier kein eigentliches leg. sub modo vorliegt, l. 71. 80. D. de cond. et dem.; vgl. auch Rivin. diss. l. §. 6. ff. Vor Beſtellung dieſer cautio kann auf Bezahlung des Legats nicht geklagt werden, a. l. 8. §. 6. D. de her. inst. Carpzov. p. III. c. 13. def. 20. Majanſ. §. 20., obwohl auch, wenn das Legat vor der Cautionsbeſtellung bezahlt worden iſt, das Recht, Erfüllung des modus zu fordern, bleibt; a. d. l. 2. C. Majanſ. §. 19. Das Recht, Caution zu fordern, ſteht indeß nur dem oneratus zu, nicht dem Dritten, zu deſſen Gunſten der modus beigefügt worden iſt. Ja es ſcheint dieſer nicht einmal einen Anſpruch gegen den oneratus, wegen nicht verlangter Caution zu haben, l. 21. §. 4. D. de ann. leg. Gewöhnlich folgert man aus l. 6. §. 1. D. ut leg. serv. c., daß piae caussae von der Pflicht der Cautionsbeſtellung frei ſeyen. A. M. iſt jedoch Rivin. diss. l. §. 7. Der Schöppenſtuhl zu Leipzig erkannte indeß M. Jan. 1807. an die Stadtg. zu Leipzig bei einer einer pia caussa sub modo geſchehenen Schenkung keinesweges auf die geforderte Caution.

d) l. 71. pr. D. de cond. et dem. Nach dieſem Geſetz wird indeß vorausgeſetzt, nicht bloß, daß weder der Erbe noch ein Dritter Intereſſe an Erfüllung des modus habe; vgl. die angef. l. 19. D. de leg. 3., ſondern auch, daß der Legatar allein bei Erfüllung des modus intereſſirt ſey. Aber ſelbſt dann darf nicht immer der modus unbeachtet bleiben und die Cautionsbeſtellung als unnöthig angeſehen werden, ſondern es kommt hierbei auf das Ermeſſen des

Richters an; vgl. beſonders l. 7. D. de ann. leg. Mencken. diss. l. §. 17. Stryck. caut. test. XX. §. 38. Majanſ. §. 16. 25. Außer dem Recht, die Caution zu verlangen, findet aber auch eine Klage auf Erfüllung des modus von Seiten des oneratus, oder deſſen Statt, zu deſſen Gunſten der modus beigefügt worden iſt, l. 21. §. 3. D. de ann. leg. l. 2. C. de his, quae sub modo. A. M. iſt, was den Letztern betrifft, Roßhirt a. a. O. S. 411. Was die revocatio des Gegebenen, im Fall der Nichterfüllung des modus betrifft, ſo könnte ſie nur dem oneratus und auch dieſem nur in dem Fall, wenn keine Caution beſtellt worden iſt, von Nutzen ſeyn. Daß eine ſolche Klage Statt finde, ſcheint allerdings aus l. 21. §. 3. D. de ann. leg. l. 17. D. de usufr. leg. l. 92. D. de C. et D. zu folgen; vgl. Meiſter diss. l. §. 16. 17. Carpzov. p. III. c. 13. def. 26. Rivin. diss. l. §. 9., wobei jedoch Einige annehmen, daß dieſer Revocationsklage eine Erinnerung, den modus zu erfüllen, vorhergegangen ſeyn, oder die Klage alternativ auf Erfüllung oder Rückgabe gerichtet werden müſſe; Wildvogel resp. jur. 89. Es verſteht ſich übrigens, daß die Erfüllung des modus in der vorgeſchriebenen Maaße erfolgen müſſe, nicht willkührlich dafür etwas Anderes ſubſtituirt werden könne; Rivin. diss. l. §. 9. Ein ſolches Befugniß muß im Allgemeinen ſelbſt dem Staat in Anſehung der zu einem beſtimmten Zweck für das gemeine Wohl oder ad pios usus ertheilten Vorſchrift abgeſprochen werden; vgl. Stryck us. mod. XXX. §. 28. M. H. Griebner. pr. de leg. ad pias caussas in alium usum haud convertendo. L. 1729. Bauer. resp. 23. L. 1793. Böhmer Rechtsf. I. 50. C. W. Koppe de jure principis circa immutanda emendandaque ea, quae in fundationibus ad pias caussas determinata sunt. Helmst. 1778. Overbeck, darf bei milden Stiftungen von den Beſtimmungen des Teſtirers abgegangen werden? Erfurt 1800. Hübner und Tittmann Bibl. kleiner juriſt. Schr. Th. 1. n. 101—103. p. 502. ff. Inzwiſchen erkennt doch ſchon das römiſche Recht die Subſtitution von etwas Anderm an die Stelle eines modus, welcher in der vorgeſchriebenen Weiſe nicht erfüllt werden kann, an; l. 4. D. de admin. pr. rer. ad civ. part. l. 16. D. de usufr. leg. l. 27. D. de C. et D.; vgl. auch den Fall bei Linde Zeitſchr. V. 18. Der modus muß übrigens wie conditio potestativa ſogleich erfüllt werden; doch kann auch der Richter ex aequo et bono eine Friſt beſtimmen; Rivin. diss. l. §. 10. Daß wegen nicht erfüllten modus das legatum sub modo relictum dem Legatar als indignus entriſſen werden könne, davon iſt weder in dem römiſchen Recht, noch in dem ſächſ. Erbgeſetz die Rede. Uebrigens iſt die Nichterfüllung des modus, außer dem Fall, wenn die Vorſchrift etwas phyſiſch oder moraliſch Unmögliches enthält, l. 37. 71. pr. D. de

C. et D., oder von dem Teſtirer ſelbſt widerrufen worden iſt, wie bei einer cond. potestativa auch dann ſchon unſchädlich, wenn dem Legatar keine Verſchuldung beigemeſſen werden kann, namentlich durch Zufall die Erfüllung unmöglich geworden iſt, L. 92. §. 1. D. de leg. 1. l. 88. §. 3. D. de leg. 2. l. 8. §. 7. D. de cond. inst. l. 1. C. de leg. l. 1. C. de his, quae sub modo. Maevius p. VIII. dec. 10. Meister. diss. l. §. 22. Majanſ. §. 27. Schweppe §. 799.

e) Das Gegentheil glaubt, in Anſehung des modus legalis adscriptus, wegen l. 1. C. de his, quae sub modo, annehmen zu müſſen Carpzov p. III. c. 13. def. 20. 26., welchem auch Weſtphal a. a. O. §. 450. Roßhirt a. a. O. S. 409. beizupflichten ſcheinen; vgl. aber dagegen Berger Oec. II. 4. 28. not. 5. Mencken. diss. l. §. 3. Rivin. diss. l. §. 4. Meister. diss. l. §. 10., welche insgeſammt durch die Worte modus pro conditione observatus nicht vollkommene Gleichſtellung, ſondern nur eine ſchon durch die nachfolgenden Worte beſchränkte Aehnlichkeit ausgeſprochen finden.

f) Voet. ad Pand. XXXV. 1. §. 12. Majanſ. §. 9. Mencken §. 5. Rivin. §. 1. Berger l. l. Mühlenbruch doctr. pand. I. §. 111. Schweppe §. 799. Man vergleiche jedoch dagegen den Fall bei Canngiesser. dec. I. 140.; in welchem dem Legatar vorgeſchrieben worden war, eine Vormundſchaft zu übernehmen, was nicht geſchehen konnte, weil der zu Bevormundende vor dem Teſtator verſtorben war. — Beiſpiele von Modaldispoſitionen ſind 1) die Vorſchrift der Verwendung zu einem gewiſſen Zweck, wobei es denn, wenn von dem Legat einer Geldſumme die Rede iſt, nicht immer der Angabe einer beſtimmten Summe bedarf, l. 30. D. de leg. 2. Dahin gehört Auszahlung an einen Dritten, der dann nach l. 2. C. de his, quae sub modo ſelbſt ein Klagrecht erlangt; Verwendung zum Vortheil eines Dritten, wie Erziehung überhaupt; vgl. J. W. III. 122. not. 4., ad studia oder zur Erlernung eines Handwerks, Stryck usus mod. XXX. §. 27. 28. Carpzov p. III. c. 13. def. 26. ad dotem; hierüber eine diss. von Weſtphal an leg. cui modus dotis constituendae adjectus, modo non impleto corruat. Hal. 1790. J. W. II. 9. 15. 16. Einkauf des Dritten in eine Verſorgungs-Anſtalt; vgl. einen hierher gehörigen Rechtsfall in dem J. W. V. 132. In allen dieſen Fällen, wo der modus zu Gunſten eines Dritten angeordnet worden iſt, kann es in facto zweifelhaft werden; ob nicht auch der Dritte als Legatar anzuſehen ſey; vgl. auch J. W. III. 122. unter n. 4. In dieſem Fall, in welchem dem Legatar der Nießbrauch an dem Erbtheil zweier Unmündigen mit der Vorſchrift hinterlaſſen worden war, dagegen die Erziehung dieſer Unmündigen zu übernehmen, entſtand die Frage, ob, nachdem die Unmündigen zu den Jahren und in

die Lage gekommen waren, der Erziehung nicht weiter zu bedürfen, der ususfructus hinwegfalle. Bei allen dieſen legatis sub modo kann die Frage entſtehen, ob, wenn der beabſichtigte Zweck bereits erreicht iſt, ehe das Legat anfällt, das Legat nichts deſto weniger annoch gefordert werden könne? Da der, welcher das bereits erfüllt hat, was der Teſtirer beabſichtigt, nicht ſchlimmer daran ſeyn kann, als der, welcher die Abſicht des Teſtirers zu erfüllen behindert wird, ſo ſcheint die Frage bejahet werden zu müſſen. Zumal da ultima voluntas plenius est interpretanda und ſelbſt Bedingungen, welche nur einmal erfüllt werden können, und vor Ableben des Teſtirers erfüllt worden ſind, nicht wieder erfüllt zu werden brauchen; vgl. §. 688. Etwas Anderes würde freilich nach den Bemerkungen not. a. gelten, wenn der vorgeſchriebene Zweck Hauptſache, das Geben Nebenſache geweſen wäre. Ferner gehört hierher das Legat zu Haltung von Gedächtnißpredigten, Seelmeſſen, Cramer obs. jur. univ. III. 939. 2) Das mit einem leg. speciei verbundene Verbot der Veräußerung. Hierbei wird vorausgeſetzt, daß eine Perſon benannt worden ſey, zu deren Gunſten die Veräußerung unterſagt worden iſt, l. 114. §. 14. D. de leg. 1. l. 38. §. 4. l. 39. pr. D. de leg. 3. Pufendorf obs. II. 90. Daher denn ein Legat zum Andenken keineswegs ein wirkſames Veräußerungsverbot in ſich begreift. 3) Die Vorſchrift, an einem beſtimmten Ort ſich aufzuhalten; l. 71. §. 2. D. de C. et D. Mencken §. 11. Majanſ. §. 20. 21. 4) Die Vorſchrift, daß die Zinſen der einem Unmündigen legirten Summe bis zu deſſen Volljährigkeit zum Capital geſchlagen werden ſollen; Linde Zeitſchrift V. 18.

Die Frage, ob auch Erbeinſetzung sub modo geſchehen könne, iſt bereits oben §. 691. not. d. erwähnt worden. Ueber das gemeine Recht vgl. Majans. diss. l. §. 15. Hübner. l. l. Nach Mühlenbruch III. §. 652. kann modus der Erbeinſetzung wenigſtens nicht mit der Wirkung beigefügt werden, daß modo haud impleto der Erbe des Erbrechts wieder verluſtig werde. Dieſelbe Anſicht hegt Roßhirt S. 407., nach welchem modus bei der Erbeinſetzung nur als Bedingung oder fideicommiſſariſche Verfügung wirkſam erſcheint. Wenn man indeß auch zugiebt, daß gemeinrechtlich modus der Erbeinſetzung beigefügt, kein Recht gebe, die Erbeinſetzung aufzuheben, oder, wie Majanſ. meint, den Nachlaß dem Eingeſetzten als indignus zu entreißen, ſo ſieht man doch nicht, warum nicht ein sub modo eingeſetzter Erbe von dem Miterben, dem beſtellten executor testamenti, oder auch officio jud. unter denſelben Umſtänden wie ein legatarius zu Erfüllung des modus angehalten werden könne? vgl. l. 7. D. de ann. leg. Nach neuerm ſächſ. Recht, in welchem der Satz, qui semel heres semper heres ſeine Bedeutung verloren hat, vgl. §. 643., kann es kein erheb-

liches Bedenken haben, dem modus bei der Erbeinſetzung dieſelbe Wirkſamkeit zuzugeſtehen, wie bei Legaten; den Fall ausgenommen, wenn Niemand da iſt, welcher den Erblaſſer gegen den sub modo eingeſetzten Erben repräſentirt oder ein Intereſſe an Erfüllung des modus hat.

§. 778.

E) Betrachten wir die Wirkungen eines Vermächtniſſes, ſo haben wir I. in Abſicht auf die Zeit, zu welcher der Legatar ein Recht auf die vermachte Sache erhält, vorzüglich zwei Zeitpunkte zu unterſcheiden[a]). Es fragt ſich nämlich: 1) Von welcher Zeit an erhält der Legatar ein ſolches Recht auf die Sache, daß er dieſelbe, auch wenn er noch vor deren Ausantwortung verſtirbt, auf ſeine Erben transferirt[b]) (quando cedit dies), und 2) wenn iſt der Legatar befugt, die Ausantwortung der Sache ſelbſt vom Erben zu fordern (quando venit dies)? In Abſicht auf A) die erſte Frage bemerken wir: α) iſt das Legat 1) pure (ohne Beifügung einer Zeit oder Bedingung), oder 2) mit Beifügung eines gewiſſen Tages, oder auch 3) eines ungewiſſen Tages, von welchem man aber gewiß weiß, daß er kommen werde[c]), hinterlaſſen worden, ſo erhält der Legatar ſogleich nach des Teſtirers Tode ein Recht, daſſelbe auf ſeine Erben zu transferiren[d]). β) Iſt hingegen das Vermächtniß unter Beifügung einer Bedingung, oder einer völlig ungewiſſen Zeit, von welcher man auch nicht weiß, ob ſie je kommen werde, ausgeſetzt worden, ſo erhält der Legatar erſt dann ein ſolches Recht darauf, wenn die Bedingung in Erfüllung gegangen, oder der Zeitpunkt eingetreten iſt[e]). B) So viel die andere Frage betrifft, ſo kann das Vermächtniß ſelbſt nie eher gefordert werden, als bis der Erbe die Erbſchaft angetreten hat[f]), und, iſt das Vermächtniß unter Beifügung einer Bedingung, oder einer Zeit hinterlaſſen worden, ſo muß noch überdies die Bedingung erfüllt, oder der beſtimmte Zeitpunkt eingetreten ſeyn[g]).

a) Böhmer in der §. 773. not. a. angef. diss. I. §. 4—22. Roßhirt I. 4. 4. §. 1. ff. Gottschalk. disc. III. 3. Daß die Begriffe von dies cedens und veniens auf Obligationsverhältniſſe überhaupt, und namentlich auf Rechte aus Verträgen, Anwendung

leiden, Glück IV. §. 334. Thibaut Pand. §. 95. J. F. Wahl pr. quando dies obligationis cedere vel venire dicatur. Goetting. 1751.; vgl. auch l. 213. pr. D. de V. S. und dazu Goeddaeus comm. Die meiſten ältern Rechtslehrer nehmen, wie bei der Erbſchaft, ſo auch bei Vermächtniſſen eine delatio und acquisitio legatorum an, und ſetzen mit erſterer den dies cedens, mit letzterer den dies veniens in Verbindung. Gegen dieſe Anſicht hat ſich aber erklärt Roßhirt Erbrecht. Einleit. §. 4.

b) Die Transmiſſion iſt die vornehmſte, aber nicht die einzige Folge des eingetretenen dies cedens, l. 5. pr. D. qu. dies leg.; vgl. Roßhirt a. a. O. S. 467. Eben ſo wie das Recht zu transmittiren, erlangt auch der Legatar post diem cedentem das Recht, ſeinen Anſpruch auf das Legat zu veräußern und abzutreten; J. F. Rhetius diss. de cess. legat. Frcf. 1673. in Vol. diss. I. 5. Außerdem hängt davon ab die Fixirung des Legats ſelbſt, wenn das Legat aus einer universitas rerum oder aus einer Hauptſache mit Acceſſionen beſteht (§. 768. 782.), ingleichen das Recht, eine verbindliche Erklärung über Annahme oder Verwerfung des Legats zu bewirken; vgl. l. 174. §. 1. D. de R. I. l. 45. §. 1. D. de leg. 2. l. 13. D. de acqu. vel om. her. Einer ſolchen Erklärung bedarf es allerdings nicht, um den Anſpruch auf das Legat zu erwerben, ſondern nur, wenn der Anſpruch auf das Legat aufgegeben werden ſoll, l. 19. §. 6. l. 86. §. 2. D. de leg. 1. l. 77. §. 3. l. 80. D. de leg. 7. l. 15. D. de reb. dub. l. 6. C. qu. dies leg. Die Erklärung für Annahme des Legats muß aber, wenn ſie bindend ſeyn ſoll, zu gehöriger Zeit, alſo, wie bereits bemerkt worden iſt, postquam dies cessit, erfolgen; ob ſie ante diem venientem wirkſam geſchehen könne, das hängt von der Erklärung der angef. l. 45. §. 1. ab; über welche zu vergleichen Averan. interpr. II. 16. n. 20. ff. Majans. ad fragm. XXX. Ictor. I. p. 331. seq. Roßhirt a. a. O. §. 2. S. 474. Die von dem Letztern vertheidigte Erklärung, welche die aufgeworfene Frage verneint, iſt allerdings bequem, um den Schwierigkeiten zu entgehen, auf welche man bei einer andern Auslegung des Geſetzes ſtößt. Die Erklärung anzunehmen oder auszuſchlagen, muß ſich übrigens immer auf das ganze Legat beziehen, mag nun eine einzelne Sache oder eine universitas rerum legirt worden ſeyn, l. 2. 4. 6. D. de leg. 2.; ſo daß, wenn der Legatar bloß für theilweiſe Annahme ſich erklärt hat, das Ganze für angenommen geachtet wird, l. 58. ib.; dagegen, wenn mehrere Legate vorliegen, das eine angenommen, das andre ausgeſchlagen werden kann. Dies iſt der Fall, wenn mehrere in keiner Verbindung mit einander ſtehende Sachen legirt worden ſind, l. 5. pr. D. de leg. 2.; nur daß, wenn eins der Legate mit einem Fideicommiß beſchwert iſt, der Legatar nicht gerade dieſes ausſchlagen ſoll, d. l. 5. 1. l. 22. pr. D. de fid. lib. l. 36.

§. 3. D. ad l. Falc.; aber auch dann, wenn die Sache ſelbſt und zugleich der Nießbrauch derſelben hinterlaſſen worden iſt, l. 10. D. de usufr. leg. Eben ſo kann aber auch, wenn eine und dieſelbe Sache Mehrern legirt worden iſt, und der eine vor erklärter Annahme ſtirbt, indem er den Andern als Erben hinterläßt, dieſer Andere ex persona des Erblaſſers den Antheil deſſelben annehmen oder ausſchlagen, ohne Rückſicht, ob er ſeinen Antheil angenommen oder ausgeſchlagen hat; l. 12. pr. D. de leg. 1. l. 55. pr. D. de leg. 2.

c) Vgl. §. 774. not. a.

d) l. 4. §. 1. l. 5. §. 1. l. 21. D. quando dies leg. Die in l. 2. 3. eod. über dies cedens bei dem leg. ususfr. enthaltene Verordnung, nach welcher in legato ususfr. dies cedens et veniens erſt mit der aditio hereditatis eintritt (vgl. l. un. §. 3. D. quando dies ususfr. leg. ced. l. un. §. 7. C. de cad. toll.), iſt in Sachſen nach der decis. 12. v. Jahr 1746. nicht mehr anwendbar; ſ. Bauer zu erw. decis. §. 14. — Doch iſt die Bauerſche Meinung nicht über jeden Zweifel erhaben. Die decis. ſpricht von dem leg. ususfructus eben ſo wenig als von einer Aenderung des gem. Rechts, in Anſehung des dies cedens, und erwähnt nur beiläufig des Falls der nicht angetretenen Erbſchaft, als einer Ampliation des aufgeſtellten Rechtsſatzes. In Anſehung des legat. liberationis kann die Frage aufgeworfen werden, ob daſſelbe beſtehe, wenn der Schuldner vor dem Teſtirer verſtorben iſt? Die Frage ſcheint nach l. 8. §. 4. l. 15. D. de lib. leg. bejahet werden zu können; doch erregt l. 19. §. 3. D. qu. dies leg. Zweifel. Nach römiſchem Recht ſcheint wenigſtens eine Klage der Erben auf Acceptilation ausgeſchloſſen, wenn man auch, wenigſtens nach heutigem Recht, eine Exception gegen den klagenden Erben zugeſtehen will.

e) l. 5. §. 2. 5. D. qu. dies leg. l. 59. pr. D. de C. et D. l. un. §. 7. C. de cad. toll. Iſt aber α) die beigefügte Bedingung phyſiſch oder moraliſch unmöglich, ſo gilt das Nämliche, was vom leg. pure relicto erinnert worden iſt, l. 5. §. 3. 4. D. qu. dies leg. Daſſelbe iſt anzunehmen, β) wenn die Bedingung als eine ſolche, die nur einmal in Erfüllung zu gehen braucht, anzuſehen, und vor dem Ableben des Teſtirers bereits in Erfüllung gegangen iſt, a. l. 26. D. de cond. inst.; vgl. §. 688., γ) wenn bei einer Poteſtativ-Bedingung der Honorirte ohne ſein Verſchulden an der Erfüllung behindert wird, d. l. 5. §. 5. Wenn eine conditio negativa vorliegt, welche zur cautio Muciana geeignet iſt, l. 7. §. 1. l. 18. D. de C. et D., ſo ſcheint angenommen werden zu müſſen, daß mit dem Augenblick der beſtellten Caution die Bedingung in Erfüllung gegangen ſey; vgl. Lauterbach. coll. Pand. XXXV. 1. §. 3. oben §. 689. not. e. Vorauszuſetzen iſt allemal eine wahre,

das Recht des Honoratus unmittelbar betreffende Bedingung; daher haben ſogenannte conditiones tacitae, oder ſolche, welche nur indirect das Recht des Honorirten beſchränken, wie die, von denen das Recht des oneratus abhängt, keinen Einfluß auf den dies cedens; vgl. l. 7. §. 1. 3. l. 19. §. 2. 3. l. 21. §. 1. D. qu. dies leg. Dagegen gilt ein legatum pure relictum, welches sub conditione ademtum iſt, auch in Beziehung auf dies cedens als conditionatum, l. 6. §. 1. D. qu. dies leg. l. 10. D. de adem. vel transf. leg. Ueber den Fall, wenn mehrere Bedingungen, von denen eine nothwendig eintreten muß, alternative beigefügt worden ſind, l. 15. D. qu. dies leg. Ueber dies incertus vgl. Gottschalk. l. l. p. 44. Glück und Geiger Rechtsf. II. 17.

f) l. 7. p. 21. pr. D. quando dies leg. l. 181. D. de R. I. l. 32. pr. D. de leg. 2. Roßhirt a. a. O. §. 3. S. 479. — Im Allgemeinen iſt, ut dies veniat, erforderlich, daß der Onerirte den letzten Willen anerkennt; was allerdings bei dem Erben durch Antritt der Erbſchaft geſchieht, d. l. 7. pr. l. 32. pr. D. de leg. 2. Daß der Onerirte aber auch dasjenige bereits empfangen haben müſſe, aus dem oder wegen deſſen er das Legat zu bezahlen hat, das iſt im Allgemeinen nirgends vorgeſchrieben. Gleichwohl ſoll nach Schweppe §. 873. S. 294. dies wenigſtens dann Statt finden, wenn ein Legatar oder Fideicommiſſar der Onerirte iſt. Wäre dieſe Meinung richtig, ſo würde man zu der Frage geleitet, warum ein gleiches beneficium, das übrigens dem Intereſſe des Honorirten gar ſehr widerſtreiten kann, nicht auch dem onerirten Erben zuſtehe, wenn er nach erfolgtem Erbſchaftsantritt, allein ehe er noch zu dem Beſitz der Erbſchaft gelangt, von den Legatarien in Anſpruch genommen wird? Ein ſolches Befugniß des Erben folgt weder aus l. 71. §. 2. D. de leg. 1., denn das modicum spatium, während deſſen hier dem Erben nachgeſehen werden ſoll, kommt dem Erben zu Statten, ohne Rückſicht, ob er in dem Beſitz der Erbſchaft ſich befindet oder nicht; noch aus l. 47. pr. ib., weil hier gar nicht von einer Suspenſion des Klagrechts die Rede iſt. Es ſcheint daher, als ob auf die Meinung des gelehrten und ſcharfſinnigen Schweppe eine Verwechſelung der Begründung des Klagrechts, und des jus excipiendi gegen die begründete Klage Einfluß gehabt habe. Nur ſo viel iſt zuzugeben, daß in dem Fall eines Univerſalfideicommiſſes der Fideicommiſſar wegen der von ihm zu gewährenden Legate nicht eher als nach erfolgter Reſtitution belangt werden kann; vgl. unten §. 805. not. b.

g) Bei einem bedingten Legat fällt demnach, wenn die Bedingung post aditam hereditatem eintritt, dies cedens und veniens zuſammen. — Bei manchen Legaten gelten in Anſehung des dies cedens et veniens eigenthümliche Beſtimmungen. Dahin gehört leg. ususfructus; vgl. not. d. Ferner das leg. annuum; hier wo

eine Mehrheit von leg. vorliegt, iſt das Legat für den erſteren Zeitabſchnitt purum und dies cedit a morte test., dagegen das Legat für jeden künftigen Zeitabſchnitt als conditionatum angeſehen wird, deſſen dies cedens mit dem Anfang des betreffenden Zeitabſchnitts eintritt; vgl. oben §. 763. In Anſehung der Prälegate gilt, was den von dem Miterben zu gewährenden Antheil betrifft, nichts Beſonderes. Was dagegen den Antheil betrifft, den der praelegatarius jure heredis inne zu behalten hätte, ſo kann zwar, wenn man annimmt, daß in dieſer Beziehung legatum inutile vorliege, von dies cedens et veniens nicht die Rede ſeyn; allein gleichwohl fragt ſich, ob und in wie weit hier eine transmissio ad heredes eintrete? Transmiſſion muß überall eintreten, mag nun der mit dem Prälegat Honorirte über Annahme der Erbſchaft ſich erklärt haben oder nicht. In dem erſtern Fall wird der betreffende Antheil entweder mit der Erbſchaft ſelbſt, oder ohne dieſe transmittirt, je nachdem der Honorirte die Erbſchaft angenommen oder ausgeſchlagen hat. Aber auch, wenn derſelbe über Annahme der Erbſchaft noch gar nicht ſich erklärt hat, wird das Prälegat transmittirt, l. 75. §. 1. D. de leg. 2.; allein nach erwähntem Geſetz freilich nur zu dem Antheil, den die Miterben für das Prälegat beizutragen hatten, was mit l. 18. §. 2. D. de his, quae ut ind. l. 87. 90. D. de leg. 1. in Widerſpruch zu ſtehen ſcheint; vgl. oben §. 749. und die daſ. angef. Abh. von Pfeiffer §. 28. Pfordten de praeleg. §. 15. Roßhirt I. 4. 2. §. 4. S. 280. Biener interpretatt. c. 31. in opusc. II. S. 402. — Wegen der in einem test. reciproco hinterlaſſenen Legate, die von dem Ueberlebenden zu präſtiren ſind, iſt die Frage: welches der Moment des dies cedens ſey? ob derſelbe namentlich vor dem Tode des Ueberlebenden eintrete; vgl. Biener l. l., ingl. quaest. 41. 45. in opusc. II. S. 185. 191. Klein Rechtsſpr. I. 6. Glück XXXV. §. 1419 a. S. 68. 74. Mühlenbruch in dem Comm. XXXVIII. §. 1428. S. 248. Nach letzterm iſt es eine reine quaestio voluntatis, ob dies cedens ſogleich mit dem Tode des Zuerſtverſterbenden, oder erſt mit dem Ableben des Ueberlebenden eintrete. Biener a. a. O. ſtimmt in der Hauptſache bei, iſt aber der Meinung, daß das Letztere präſumirt werden müſſe, wenn die Legate qu. in demſelben Teſtament, gleichviel ob von beiden Teſtirern gemeinſchaftlich oder von jedem beſonders, hinterlaſſen worden ſind; wogegen, wenn der Vorverſtorbene in einem beſondern letzten Willen Legate hinterlaſſen hatte, dies cedens auch ſofort nach deſſen Ableben eintrete; vgl. dagegen Mühlenbruch S. 249. Was die von dem Ueberlebenden hinterlaſſenen Legate anlangt, ſo fallen dieſe weg; vgl. §. 732. not. d. S. 209.

§. 779.

II. Hat ein Teſtirer mehrere Perſonen mit Vermächtniſſen bedacht, ſo treten eigenthümliche Verhältniſſe in dem Fall ein, wenn die mehrern Vermächtnißnehmer außerdem in einer gewiſſen Verbindung zu einander ſtehen [a]), namentlich, wenn ihnen ein und daſſelbe Object beſchieden worden iſt [b]). Die mehrern Legatarien ſind hier berufen *A*) *successive*, ſo daß der eine nach dem andern zur Perception des Legats gelangt; was entweder auf eine Subſtitution [c]) oder auf eine fideicommiſſariſche Diſpoſition [d]) führt; *B*) gleichzeitig. Sieht man hier von dem Fall des Legats einer *species* ab, bei welchem die Abſicht des Teſtirers dahin ging, daß von mehrern zu ſolcher Berufenen der eine die Sache ſelbſt, der andre die *aestimatio* derſelben erhalten ſollte; ein Fall, in dem eigentlich ein doppelter Gegenſtand des Legats vorhanden iſt [e]); ſetzt man mithin voraus, daß der in dem letzten Willen beſtimmte Gegenſtand einfach das Object des Vermächtniſſes bilde, ſo iſt zu bemerken: *α*) die Concurrenz der mehrern Legatarien begründet eine *communio* zwiſchen denſelben, vermöge deren dieſelben in der Regel gleiche Theile erwerben [f]). Doch ſcheint auch hierbei die in der Diſpoſition ausgeſprochene wörtliche Verbindung mehrerer Legatarien nicht unbeachtet zu bleiben, ſo daß, wenn mehrere in einem Satz verbundene neben andern *disjunctis* vorkommen, jene zuſammen nur einen Theil erhalten [g]). Ausnahme von der in der Regel anzunehmenden Gleichheit der Theile gilt in dem Fall, wenn Einem die ganze Sache, dem Andern ein beſtimmter Theil derſelben legirt worden iſt [h]); *β*) mehrere durch die Partikel *aut*, oder, verbundene gelten als copulativ verbundene und gleichberechtigte [i]); *γ*) jeder der Collegatare hat nicht nur zur Erfüllung der von dem Teſtirer in Beziehung auf das Legat überhaupt gemachten Vorſchriften mitzuwirken, ſondern auch die ihm insbeſondere ertheilte Vorſchrift zu erfüllen [ii]). Vornehmlich aber iſt der Fall auszuzeichnen, wenn einer der Collegatarien keinen Antheil nimmt. Denn dies iſt der Fall, in welchem das *jus accrescendi inter collegatarios*, d. h. das

Befugniß des Legatars, den auf den Collegatar kommenden, von dieſem nicht erworbenen Antheil des Legats mit Ausſchließung des oneratus zu erwerben, eintreten kann [k]). Es wird alſo A) hierbei vorausgeſetzt: 1) daß mehrern Perſonen eine und dieſelbe Sache **zugleich** und ohne Beſtimmung des Theils, welchen jede daran haben ſoll, vermacht worden ſey; woraus folgt, daß das Zuwachſungsrecht nur unter ſolchen Collegatarien Statt findet, welche entweder re conjuncti, (verbis) disjuncti, oder welche re et verbis (mixtim) conjuncti ſind; nicht aber unter ſolchen, welche bloß verbis conjuncti ſind [l]); 2) daß einer der Collegatarien wegfalle, indem er an dem Vermächtniß Antheil entweder nicht nehmen will oder nicht nehmen kann [m]); 3) daß kein substitutus vorhanden ſey [mm]). Was B) die Wirkung des jus accrescendi betrifft, ſo beſteht ſie im Allgemeinen in dem Erwerb des vacant gewordenen Legatantheils, welcher auf Seiten der Collegatare nach dem Verhältniß, in welchem jeder an dem Legat Theil nimmt [n]), übrigens, ohne daß es einer beſondern Erklärung der Annahme bedarf [o]), auch mit rückwirkender Kraft eintritt [p]). Nimmt man insbeſondere auf die verſchiedene Art und Weiſe, in welcher die Legatare zu dem Legat berufen worden ſind, Rückſicht, ſo iſt zu bemerken: daß 1) bei dem Wegfall eines (mixtim) conjunctus der andre conjunctus denen vorgeht, welche als disjuncti (re conjuncti) zu demſelben Legat berufen worden ſind, während bei dem Wegfall eines disjunctus, deſſen Antheil allen übrigen Collegatarien nach Verhältniß ihres Antheils an dem Legate zuwächſt [q]); 2) dem conjunctus der ausfallende Antheil ſeines conjunctus, nur, wenn er denſelben annehmen will, alsdann aber auch cum onere zuwächſt, wogegen ein disjunctus den an ihn kommenden Antheil, wiewohl ohne die darauf gelegten onera, behalten muß [r]). C) Das jus accrescendi findet nicht Statt, 1) wenn der Teſtirer ſolches verboten hat; in welchem Fall portio vacans bei dem oneratus bleibt [s]); 2) wenn der Legatar zu ſeinem Theil das Legat bereits erworben hat, alſo postquam dies cessit, indem von dieſem Augenblick an das Recht des Lega=

tars auf deſſen Erben transmittirt wird [t]). Das Letztere leidet indeß in Anſehung des mehrern Perſonen legirten Nießbrauches eine Ausnahme, indem hier der Antheil des einen Legatars, auch wenn er denſelben ſchon erworben hat, nach ſeinem Tode zunächſt dem Collegatar [u]), auch wenn der letztere ſeinen Antheil an dem Nießbrauch bereits verloren hätte, zuwächſt [v]). Uebrigens gilt das, was in Vorſtehendem über jus accrescendi bei Legaten geſagt worden iſt, nicht bloß von Legaten, die in einem eigentlichen Teſtament hinterlaſſen worden ſind [x]), insbeſondere von Prälegaten [y]), ſondern auch von Legaten, die in einem andern letzten Willen ab intestato hinterlaſſen werden [z]); ferner nach Gleichſtellung der Legate und Particularfideicommiſſe, auch bei den letztern [aa]), endlich bei mortis caussa donationibus [bb]).

a) Eine Verbindung zwiſchen mehrern Legatarien kann außer dem Fall, wenn ihnen derſelbe Gegenſtand vermacht worden iſt, eintreten, in dem Fall, wenn einem das Eigenthum oder die Proprietät einer Sache, dem andern der ususfructus an derſelben legirt worden iſt; vgl. not. v. Ferner in dem Fall, wenn eine res aliena dergeſtalt, daß der Erbe ſolche um eine beſtimmte Summe einlöſe und dem Legatar übergebe, hinterlaſſen worden iſt, l. 32. §. 1. 2. D. de fid. lib. l. 8. D. de usufr. ear. rer. lib. l. 11. §. 20—22. D. de leg. 2. ingl. §. 754. γ); nicht weniger in dem Fall des legat. liberationis; vgl. §. 759.; endlich auch in dem Fall eines legat. sub modo relict.; vgl. den §. 777. not. f. angef. Rechtsfall in dem J. W. V. 132.

b) Es bleibt demnach der Fall ausgeſchloſſen, wenn anzunehmen iſt, das dem Einen beſchiedene Legat ſey dadurch, daß es dem Andern beſchieden worden iſt, aufgehoben, oder auf den Andern transferirt worden; vgl. l. 33. D. de leg. 1. §. 703. not. 5., was indeß keineswegs präſumirt wird.

c) l. 50. pr. D. de leg. 2. l. un. §. 7. C. de cad. toll. Der Fall einer substitutio reciproca bei Legatarien, l. 81. §. 8. D. de leg. 1. l. 64. D. de leg. 2. Auch die Erben des Legatars können ſubſtituirt werden, wodurch die nachtheiligen Folgen des ante diem cedentem erfolgten Ablebens des erſten Legatars gehoben werden. Eine ſolche Subſtitution ſcheint allerdings vorzuliegen, wenn ein Legat dem A. und ſeinen Erben hinterlaſſen worden iſt. Ob aber daſſelbe auch anzunehmen ſey, wenn das Legat dem A. für ſich und ſeine Erben hinterlaſſen worden iſt, das kann zweifelhaft erſcheinen, da in der beſagten Formel vorausgeſetzt zu werden ſcheint,

daß das Legat von dem erſten Legatar erworben ſeyn müſſe, ehe es auf deſſen Erben übergeht. Wenn dem Legatar ein Anderer als deſſen Erbe ſubſtituirt worden iſt, ſo hat man die Frage aufgeworfen, ob bei dem Wegfall des erſten Legatars der Subſtitut oder der Erbe des Legatars das Legat erlange? vgl. Rösler decis. I. 31. Zimmern im Arch. f. civ. Pr. IX. 18. Ohne Zweifel der substitutus, wenn der Legatar ante diem cedentem weggefallen iſt, außerdem ganz gewiß der Erbe des Weggefallenen; vgl. Tübinger Zeitſchr. f. Rechtsw. II. S. 184.; ingl. Simon und Strampf Entſch. der preuß. Gerichtshöfe II. 4.

d) l. 1. §. 6. l. 8. pr. D. de leg. 3. l. 78. D. de leg. 1.

e) Vgl. l. 13. §. 1. D. de leg. 2. l. 20. §. 3. D. de leg. 3. l. un. §. 11. C. de cad. toll. Nach dem letztern Geſetz iſt, um eine ſolche Art des Vermächtniſſes anzunehmen, erforderlich, daß der Teſtirer darüber ausdrücklich und unzweideutig ſich ausgeſprochen habe.

f) l. 2. pr. D. comm. divid. §. 3. I. oblig. quae quasi ex contr. l. 67. §. 1. D. de leg. 1. l. 2. pr. D. de instr. vel instr. leg.; vgl. auch l. 85. D. de leg. 1.

g) a. l. 15. pr. l. 13. §. 5. l. 17. §. 3. l. 59. §. 2. D. de her. inst. l. l. 80. D. de leg. 3. C. Hanaccius de conjunct. legatariorum. Viteb. 1757. §. 11. Schweppe §. 885. Der Vorzug, welcher den conjunctis in Anſehung des jus accr. vor den disjunctis zugeſtanden wird, beſtätigt dieſen Satz, l. 88. §. 6. D. de leg. 3. enthält eine Ausnahme von der Regel.

h) l. 23. C. de legat. In dieſem Fall wird angenommen, daß das Legat des Ganzen theilweiſe adimirt und transferirt worden ſey; vgl. über das angezogene Geſetz Averan. interpr. IV. c. 11. Edm. Merill. ad L. decis. n. 29. Schrader civ. Abh. II. n. 4. Schweickert in Linde's Zeitſchr. IX. 11.

i) l. 4. C. de V. S., welche jedoch auf den l. 16. D. de leg. 2. erwähnten Fall, wenn der Teſtirer dem Honorirten die Wahl zwiſchen mehrern alternative benannten Legatarien überlaſſen hat, nicht erſtreckt werden zu können ſcheint; vgl. Weſtphal von Vermächtn. §. 348. Ueber das Recht des oneratus unter einer Mehrheit von Perſonen den honoratus zu wählen, l. 17. §. 1. l. 24. l. 67. §. 7. D. de leg. 2.; vgl. A. Faber. err. pragm. LIII. 5. sqq. und dazu Weſtphal von Vermächtn. §. 338. 339.

ii) l. 49. §. 4. D. de leg. 2. l. un. §. 9. C. de cad. toll. Daß von den mehrern Legataren der eine pure, der andere sub conditione eingeſetzt werden könne, vgl. l. 10. D. de leg. 3. l. 26. §. 1. l. 30. l. 74. D. de C. et D., und über letztere Stelle beſonders Glück Pand. IX. §. 637 a. S. 300. ff.

k) Ueber jus accrescendi im Allgemeinen J. Duarenus de jure accr. in opp. p. 1075. Scipio Gentilis de jure accresc. bei

deſſen Abh. de erroribus test. Altdorf. 1593., auch in oper. tom. I. A. Goveanus de jure accr. Jen. 1596., auch in deſſen opusc. Lugd. 1622. p. 337. A. Feith de jure accr. Harderovic. 1680. Th. Papillonius de jure accr. Paris. 1613. und in Otton. thes. tom. IV. p. 765. Edm. Merillii obscurorum s. de jure accresc. et conjunctionis liber sing. ib. p. 1753. G. Majans. de jure accr. in Vol. II. diss. n. 38. J. A. Bach de jure accr. L. 1754. in opusc. S. 323. Fr. Ramos del Monzano de jure accr. in Meermann thes. VII. p. 280. Ludwig. pr. Müller. de jure accr. diss. l. L. 1817. Moosdorfer Rossberger. de jure accr. Berol. 1827., beſonders aber Mayer das Recht d. Anwachſung bei dem Erbrecht und bei Legaten und Fideic. Tübingen 1835. Von dem jus accr. inter collegatarios insbeſondere F. O. König. de jure accr. in legatis. Altorf. 1736. Bosveldt de jure accr. inter legatar. Lugd. Bat. 1748. P. de Valke de jure accr. inter legatarios. Groning. 1757. P. J. Heisler. de jure accr. in legatis semper jure non decrescendi. Hal. 1759. in deſſen coll. diss. n. 7. Rudorf über caducorum vindicatio in Savigny's Zeitſchr. VI. 6. Roßhirt I. 4. 4. §. 21. ff. Francke Beitr. I. 6. K. A. Schneider das altcivile u. Juſtin. Anwachſungsrecht bei Legaten. Berlin 1837. Das jus accr. inter collegatarios kam in dem ältern römiſchen Recht bei den ſogenannten legatis vindicationis vor, und gründete ſich ohne Zweifel auf die Anſicht, daß ein Teſtirer, welcher mehrern eine und dieſelbe Sache vermachte, eigentlich jedem das Ganze zugedacht habe, ſo daß nur die Concurrenz der mehrern Legatare eine Theilung in intellectuelle Theile veranlaßt. Es fand bei Allen, denen dieſelbe Sache beſchieden worden war, nur nicht bei verbis conjunctis, bei welchen der Teſtirer ſelbſt durch den Zuſatz aequis partibus zu erkennen gegeben hatte, daß er nicht Jedem das Ganze zugedacht habe, Statt. Ob dabei ein Unterſchied zwiſchen disjunctis und conjunctis galt, was einige der Neuern, wie namentlich Roßhirt, bezweifeln, läßt ſich nicht mit Beſtimmtheit ermitteln. Bei den ſogenannten leg. damnationis, ingl. bei Fideicommiſſen, fand kein jus accr. Statt, da hier nur ein Obligationsnexus zwiſchen dem oneratus und den honoratis gebildet ward, vermöge deſſen jeder der letztern nur ein theilweiſes Forderungsrecht erwarb. Dies alte Recht ward modificirt 1) durch die lex caducaria (Julia et Papia Poppaea), durch welche das jus antiquum inter collegatarios ſo gut als ganz aufgehoben und die portio vacans (mit Ausnahme deſſen, quod ab initio pro non scripto zu achten war) dem Fiscus zugeſprochen ward, doch ſo, daß dieſem gewiſſe in demſelben letzten Willen bedachte Perſonen, wenn ſie Kinder hatten, vorgezogen wurden, und ein jus vindicandi caduca, jedoch zugleich mit der Verbindlichkeit, die auf der an ſie

gelangenden Erbportion gelegten onera zu vertreten erlangten. Zu dieſen Perſonen gehörten denn vorzüglich die conjuncti; unter welchen, wie es nach den Stellen bei Gajus II. §. 207. 208. ſcheint, auch die bloßen verbis conjuncti zu verſtehen ſind; 2) durch die Gleichſtellung der verſchiedenen Legatsformen. Bei den leg. vindicationis, welche vermöge des SCt. Neroniani als leg. damnat. aufrecht erhalten wurden, ſcheint ſchon nach älterm Recht jus accr. Statt gefunden zu haben; und nachdem durch l. 1. C. comm. leg. ausgeſprochen worden war, daß ohne Rückſicht auf die Form der Dispoſition alle Legate ſo weit als möglich dieſelbe Wirkſamkeit haben ſollten, ward ohne Zweifel bei allen Legaten jus accr. angenommen; dies wenigſtens bei Legaten von der Art, daß das Princip, welches dem jus accr. zu Grunde lag, anwendbar erſchien, alſo in allen Fällen, in welchen der Legatar, um das Legat zu erhalten, nicht bloß die actio personalis, ſondern auch die vindicatio anſtellen konnte; 3) durch die Gleichſtellungen der Legate und Fideicommiſſe, wodurch unter denſelben Beſchränkungen, wie bei den leg. damnat., auch bei Fideicommiſſen ein jus accr. eintrat. Die letzte wichtige Veränderung in Anſehung des jus accr. inter collegatarios trat nun mit der l. un. C. de cad. toll. ein, in welcher Juſtinian das jus caducorum aufhob, und an deſſen Stelle das jus accrescendi inter legatarios conjunctos wieder eintreten ließ. Wie aber durch dieſe Verordnung Juſt. das jus accr. nun eigentlich ſich geſtaltet habe, darüber ſind die Rechtsgelehrten nicht einig. Gewiß iſt, daß das jus accr. inter disjunctos oder re conjunctos, ſo wie inter re et verbis conjunctos, d. h. mixtim conjunctos, Statt findet; ob aber auch unter bloßen verbis conjunctos? das iſt ſtreitig, und muß verſchieden beantwortet werden, je nachdem man annimmt, daß Juſtinian den Ausdruck conjuncti entweder in dem Sinne des jus antiquum oder dem der l. Jul. et Papia Poppaea genommen habe. Der Streit kann natürlich aus Pandectenſtellen und Verordnungen, welche der d. l. un. vorhergingen, nicht direct entſchieden werden, wie dies die ältern Rechtslehrer verſucht haben. Und aus dem Geſetz ſelbſt ergiebt ſich, daß Juſtinian keinesweges das jus antiquum rein und ganz herſtellte, ſondern Manches aus der l. caducaria beibehielt. Inzwiſchen glaubt Roßhirt a. a. O. S. 604. vornehmlich aus §. 8. I. de leg. folgern zu können, daß die Abſicht Juſtinians auf Ausſchließung der verbis conjuncti ging. Derſ. Meinung iſt Francke a. a. O. §. 4., weil in den Pandecten ſchon das alte jus accr. als wiederhergeſtellt behandelt werde. Das Gegentheil vertheidigt Mayer a. a. O. S. 211. ff.

1) §. 8. I. de leg. l. pen. D. de usufr. leg. l. 20. D. de leg. 2. l. 80. de leg. 3. H. Cocceji de jure accr. int. verbis conjunct.; in deſſen exerc. I. 71. Bach l. l. §. 14. C. Hanaccius de conjunct. legatar. Viteb. 1757. Daß l. 89. D. de

leg. 3. mit a. 142. D. de V. S. zu verbinden, zeigt Hofacker §. 1524. not. a. Das letztere Geſetz ſcheint auf die conjunctos im Sinne der l. caducaria ſich zu beziehen; vgl. not. k. a. E.; ferner Faber. err. pragm. XLIX. 3. 4. n. 8. Ramos del Manzano p. II. c. 2. a. a. O. p. 303. ff. Heineccius ad l. Jul. et P. Popp. III. 9. Bynkershoek II. obs. 3. Bach §. 15. Glück IX. §. 637 a. S. 271. Rudorf a. a. O. S. 416. Mayer S. 179. Roßhirt S. 600. Schweppe §. 917. Daß auch inter collegatarios verbis conjunctos jus accresc. Statt finde, vertheidigen von den ältern Rechtslehrern Donell. comm. VII. 13. Z. Huber. casus enucleat. qu. XVIII. c. 1. Schilter. Ex. XVII. th. 58. Overbeck III. med. 175. Baumeiſter a. a. O. §. 23. und von den ſächſ. Juriſten Berlich. p. II. dec. 285. n. 15. Carpzov. p. III. c. 2. def. 14. p. II. dec. 134. n. 9. Berger. Oec. II. 4. 12. not. 3. Ohne Zweifel muß man aber der entgegengeſetzten Anſicht beipflichten und die ſcheinbar entgegenſtehenden Stellen des röm. Rechts, da ſie auf ein aufgehobenes, dem heutigen Recht gänzlich fremdes Inſtitut ſich beziehen, unbeachtet laſſen; vgl. die Entſcheidungen in der Zeitſchr. III. XVII. über einen daſelbſt angef. Fall, in welchem es quaestio facti war, ob wirklich verbis conjuncti vorhanden waren. Es war die Rede von einem legat. annuum, bei welchem die jährlichen Leiſtungen unter mehrere Perſonen zu vertheilen waren; vgl. einen ähnlichen Fall bei Bauer. resp. 163. L. 1805. Simon u. Strampf Rechtslehre der preuß. Ger. II. 33. J. W. V. 108. Ueber den Fall der l. 41. pr. D. de leg. 2., in welchem man ausnahmsweiſe ein jus accr. der verbis conjuncti annimmt, vgl. A. Faber. Err. pr. XXXIX. 8. Roßhirt a. a. O. §. 25. S. 608.; vgl. auch Zachar. qu. XV.

m) l. un. §. 11. C. de cad. toll. Es iſt jedoch, was die Vorausſetzungen, unter welchen jus accrescendi eintritt, noch manches Andere zu beachten, α) in Anſehung des legirten Objects. Hier wird ein Object vorausgeſetzt, in Anſehung deſſen wenigſtens intellectuelle Theile gedenkbar ſind. Wo dies nicht iſt, wie z. B. bei Servituten, ſo wie bei einem facto legato, l. 72. pr. D. de V. O., l. 4. D. de alim. leg., iſt anzunehmen, daß gleich vom Anfang jeder in Anſehung des Ganzen berechtigt geweſen ſey; vgl. Mayer a. a. O. S. 111. Inzwiſchen wird doch auch, was körperliche Sachen anlangt, geſtritten, ob in quantitate legata oder auch in nomine legato jus accrescendi Statt habe. Weil nämlich in beiden Fällen der Gegenſtand nicht bloß als etwas Theilbares, ſondern in vielen Fällen als etwas unter mehrern Intereſſenten gleich vom Anfange Getheiltes betrachtet wird, l. 29. D. de solut., ſo ſollen hier mehrere Legatare gar nicht als conjuncti erſcheinen, und deshalb jus accr., wenigſtens der Regel nach

wegfallen; vgl. Bachov ad Tr. II. 13. 3. Otſ. B. Brunnemann I. dec. 21. Feith de jure accr. VI. §. 114. sqq. Duaren de jure accr. I. 7. Werner de legato pecun. §. 27—29. Dagegen aber Heisler. diss. leg. §. 25. Voet. ad tit. de leg. §. 63. Wernher. p. IV. obs. 106. C. G. Strecker. de jure accr. in quantitate relicta etiam obtinente. Erff. 1761.; vgl. auch Weſtphal Rechtsgutachten n. 58. Für dieſe Meinung ſcheinen zu ſeyn l. 15. §. 1. D. de leg. 1. l. 10. D. de leg. 3., die ſcheinbar entgegenſtehende l. 89. §. 2. D. de leg. 2., pflegt man von einem leg. damnationis und dem bei dieſem ehemals wegfallenden jus accrescendi zu verſtehen. Diejenigen, welche ein jus accr. auch inter verbis conjunctos annehmen, müſſen dies Recht eigentlich auch bei der quantitas legata anerkennen. Abgeſehen hiervon iſt freilich gewiß, daß zwiſchen zwei Perſonen, deren jeder eine gleiche Summe legirt worden iſt, weder conjunctio noch jus accrescendi Statt hat. Ausgemacht iſt ferner, und auch von denen nicht beſtritten, welche das jus accr. bei einer quantitas legata leugnen, daß jus accrescendi Statt habe, wenn der testator zu erkennen gegeben hat, daß er in der That jedem Einzelnen die ganze Summe zugedacht habe, z. B. wenn disponirt worden iſt: die 100 Thaler, welche an dem oder dem Orte aufbewahrt ſind, legire ich dem Cajus; die nämliche Summe auch dem Titius. Zweifelhaft bleibt daher bloß der Fall, wenn mixtim conjunctis eine und dieſelbe Summe beſchieden worden iſt. In einem ſolchen Fall wird bisweilen angenommen, daß jedem Einzelnen die ganze Summe gebühre, l. 79. D. de leg. 1., womit jedoch l. 7. D. de leg. 2. zu vergleichen. — β) In Anſehung der Perſon des oneratus wird, damit jus accr. Statt habe, vorausgeſetzt, daß eine und dieſelbe Perſon mit dem Vermächtniß beſchwert worden ſey, l. 53. §. 2. D. de leg. 2. l. 11. 12. D. de usufr. accr. Was die honorirten Collegatarien betrifft, ſo wird das jus accr. dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß der eine pure, der andere sub conditione honorirt worden iſt; l. 34. §. 10. l. 99. D. de leg. 1. l. 26. §. 1. D. de C. et D. l. 6. §. 2. D. de usufr. accr. Ueber den Fall, wenn mehrere Collegatare unter einer Bedingung bedacht worden ſind, welche in Anſehung des einen pro non adjecta geachtet wird, vgl. l. 74. D. de C. et D. und dazu Glück Pand. IX. §. 637. S. 300. ff. — γ) In Anſehung der letztwilligen Verfügung ſelbſt wird vorausgeſetzt, daß das Legat den Collegatarien in demſelben Teſtament hinterlaſſen worden ſey, l. 16. inſ. D. quib. mod. ususfr. Doch macht der Fall der substitutio pupillaris eine Ausnahme, d. l. 34. §. 10. D. de leg. 1. — Ueber die Form der eigentlichen conjunctio und die dabei vorkommenden Partikeln, et, cum, l. 36. §. 2. l. 112. §. 2. l. 121. D. de leg. 1. l. 7. 8. D. de usufr. accr.

mm) Vgl. not. c. Nur wenn auch der substitutus wegfällt, kann jus accr. eintreten, l. 3. pr. §. 1. D. de usufr. accr. Glück a. a. O. S. 306.

n) d. l. 41. pr. D. de leg. 2. l. un. §. 11. C. de cad. toll.

o) Auch hier iſt alſo Erklärung nur inſofern nothwendig, als der Collegatar die vacante Erbportion nicht annehmen will. Daß er aber auch nicht unbedingt ein Recht, die Annahme zu verweigern, hat, ſ. not. q.

p) Daher geht der anwachſende Theil auch auf die Erben des inmittelſt verſtorbenen Collegatar; vgl. l. 17. §. 1. l. 34. 35. D. ad l. Aquil. l. 26. §. 1. D. de C. et D. Wenn einer der Collegatare ſeinen Antheil an dem Legat verkauft hat, ſo fragt ſich, ob der anwachſende Theil ihm verbleibe oder auf den Käufer übergehe? Dieſelbe Frage wird in Beziehung auf das jus accr. der Miterben aufgeworfen, wenn einer derſelben ſeinen Antheil vor dem Anfall der portio vacans verkauft hat; vgl. Handb. IV. §. 1573. not. e. und außer den daſelbſt angef. Lyclama Membr. VI. 9. Branchü obs. c. 2. G. L. Mencken. de jure accr. vendita hered. ad emt. pert. L. 1747. in opusc. n. 8. Klüpfel im Arch. f. civ. Pr. III. n. 11. Die diss. von Püttmann findet ſich in deſſen opusc. sylloge p. 377. Keiner dieſer Schriftſteller hat indeß die Frage mit Beziehung auf Legate einer nähern Unterſuchung unterworfen; vgl. aber A. Faber. err. pragm. dec. L. err. 6. B. Chesii interpr. II. 15. in der Jurisprud. roman. et att. tom. II. p. 1. Die Gründe für oder wider ſind bei der Beantwortung beider Fragen ziemlich die nämlichen.

q) d. l. un. §. 11. C. Glück IX. §. 637 a. S. 275.

r) d. l. un. §. 11. C. Der Grund dieſer Verſchiedenheit iſt, weil bei den disjunctis die Anſicht vorherrſcht, daß jeder ab initio solidum habe und Theilung immer erſt concursu entſtehe; während bei den conjunctis die accreſcirende portio als ein neuer Zuwachs beurtheilt wird. Daher wird denn auch das jus accr. der disjuncti häufig als jus non decrescendi bezeichnet; welches bewirkt, daß man das ab initio zugedachte Ganze behält, ohne in die Verpflichtungen des wegfallenden Collegatars einzutreten; vgl. die angef. diss. von Heisler.

s) l. 33. D. de leg. 1. l. 17. pr. de leg. 2. C. H. Breuning. de prohibit. juris accr. in test. facta. L. 1766. Iſt der Erbe onerirt, ſo erhält er das Legat, und zwar nach ſächſ. Recht, wenn teſtamentariſche Erbfolge vorliegt, der Teſt. Erbe, nicht der Inteſtaterbe, Kriegel diss. l. §. 37. S. 85. n. 2. Ausgenommen iſt der Fall der substitutio; ſ. oben not. c. mm.

t) l. 5. pr. D. qu. dies leg. Man nimmt auch an, daß in alimentis legatis jus accrescendi wegfalle, l. 57. §. 1. D. de alim.

leg. Glück a. a. O. S. 298.; vgl. aber l. 4. D. de alim. leg. Feith VI. §. 124.; vgl. auch Bauer. resp. 163. L. 1805. u. oben not. l. a. E.

u) l. 1. §. 3. D. de usufr. accr.; vgl. H. A. Suerin de usufr. accrescendo in Otto. thes. IV. p. 102. Majans. diss. l. §. 37. Weſtphal de libertate et servitut. praed. §. 853. seq. Glück Pand. IX. §. 637. a. Roßhirt §. 26. S. 12. ff. Heimsoeth de usufr. accr. Colon. 1831.

v) l. 10. eod. j. l. 14. §. 1. D. de exc. rei jud. l. 33. §. 1. D. de usufr. Daher der Satz, ususfructus non rei, sed personae accrescit; vgl. beſonders über das erſtere ſchwierige Geſetz Majanſ. §. 46. Suerin. l. l. p. 116. Glück S. 286. Witte Abhandl. aus dem Civilrecht. Berlin 1817. n. 1. Heimsoeth p. 23. Roßhirt S. 620. Biener. interpr. c. 16. in opusc. II. S. 363. Die Schwierigkeit liegt in dem angeführten Geſetz eigentlich bloß darin, den Fall richtig aufzufaſſen, welchen Ulpian als Beiſpiel ziemlich undeutlich erwähnt. In welchem Sinne es aber wahr ſey, daß auch der collegatarius, welcher ſeinen Antheil an dem ususfr. bereits verloren hat, doch das jus accr. ausüben könne, darüber iſt zu vergleichen l. 3. §. 2. D. quib. modis ususfr. am., ein Geſetz, deſſen Erklärung nicht minder ſchwierig iſt, als die der angef. l. 10.; vgl. die verſchiedenen Auslegungen bei Weſtphal de libert. et servit. praed. §. 862. not. 770. Heimsoeth p. 45. sqq. und dagegen Glück a. a. O. S. 296. Roßhirt S. 615. So viel iſt klar, daß A, der den ususfr. verloren hat, den verlornen Theil nie wieder, auch nicht jure accrescendi, erwerben kann, d. l. 3. §. 2., wenn nicht der in d. l. 3. angeführte Fall der repetitio legati eintritt. Der verlorne Theil fällt daher an den Collegatar B. und verliert auch dieſer das Recht des Nießbrauchs, ſo fällt nur der Antheil, den er bei dem urſprünglichen concursus ad legatum hatte, an den A., nicht aber auch der Antheil, welchen A. verloren und B. jure accrescendi erworben hatte, d. l. 10. Hätte B. die Portion des A. nicht angenommen, wie er nach not. r. dies konnte, wenn er verbis conjunctus war, ſo kann natürlich auch er, nachdem er ſeinen Antheil verloren hat, nicht wieder ein jus accrescendi in Anſehung der ehemaligen portio des A. geltend machen. Im Uebrigen iſt, was das jus accr. bei dem leg. ususfr. anlangt, noch zu bemerken: 1) Erforderlich iſt auch hier conjunctio, und zwar ſo, daß bloße verbis conjuncti an dem jus accr. nicht Theil nehmen, l. 1. pr. l. 2. 3. pr. l. 1. D. de usufr. accr. Glück S. 271., und mixtim conjuncti den re conjunctis vorgehen, l. 1. §. 2. l. 7. ib. Glück S. 275. Insbeſondere iſt aber noch zu erwähnen, daß keine conjunctio angenommen wird, α) wenn mehrere onerati vorhanden ſind und von ihnen proprietas deducto usufructu legirt worden iſt, Mayer

Anw.=Recht. S. 113. Roßhirt S. 621., l. 1. §. ult. l. 11. 12. ib. Daſſelbe gilt in dem Fall, wenn zwar ein nur einziger oneratus, a quo proprietas deducto usufructu legata est, vorhanden, aber nur ein Theil des ususfr. einem Dritten legirt worden iſt. Der übrige Theil des ususfr. ſcheint hier bei dem oneratus, oder dem Erben zu bleiben; allein zwiſchen dieſen beiden Uſufructuarien gilt kein jus accrescendi, l. 3. §. 1. l. 6. §. 1. D. ib. Die erſte Stelle ſcheint nicht von einem ususfr. legatus zu ſprechen; wiewohl auch in der Beſchränkung auf einen ususfr., der bei einem actus inter vivos reſervirt worden war, l. 5. D. de usufr. accr. das Gegentheil, nämlich ein jus accr., anzunehmen ſeyn dürfte; β) in dem Fall, wenn mehrern ususfructus alternis annis hinterlaſſen worden iſt, l. 2. pr. D. quib. mod. ususfr. ann. Glück S. 284. Dagegen findet das jus accrescendi Statt unter Collegatarien, von denen der eine den verlornen ususfr. nach einer Verordnung des Teſtirers wieder erlangt hatte, weil beide Collegatarien als re conjuncti angeſehen werden ſollen, l. 3. §. 1. D. quib. mod. ususfr. ann. 2) Mehrern kann der ususfr. legirt werden, entweder ausdrücklich, oder ſo, daß dem Einen ususfr., dem Andern proprietas legirt wird; vgl. l. 3. §. 2. l. 4. 6. §. 1. l. 9. D. de usufr. accr. l. 19. §. 6. l. 26. §. 1. D. de ususfr. leg., ſ. oben §. 763. Glück S. 277. Der Proprietar erwirbt daher die portio vacans ususfructus nicht jure consolidationis, ſondern jure accrescendi.

x) l. un. §. 14. C. de cad. toll.

y) Es iſt hier die Rede A) von dem Antheil des Prälegats, welches der damit bedachte Erbe an ſich ſelbſt zu zahlen hätte. Dieſer gelangt an die Collegatarien, mögen dieſe nun zugleich Miterben ſeyn, l. 34. §. 11. 12. D. de leg. 1. oder nicht, l. 116. §. 1. ib., obwohl hier die Geſetze nur von einem pervenire, pertinere, habere reden, ohne insbeſondere von einem jus accrescendi zu ſprechen; vgl. über dieſe Geſetze und die nach denſelben zu veranſtaltende Vertheilung des Prälegats unter die verſchiedenen Competenten Pfordten de prael. cap. V. Roßhirt I. 4. 2. S. 274. und auch oben §. 749. not. d. Werden die in erwähnten Geſetzen befolgten Grundſätze conſequent durchgeführt, ſo gelangt man zu der Folge, 1) daß, wenn ein heres ex asse ein Prälegat mit mehrern Collegatarien empfangen ſolle, der Erbe gar nichts von dem Prälegat empfängt, ſondern dies ganz an die Collegatarien gelangt; 2) daß, wenn Miterben zu gleichen Theilen eingeſetzt und mit einem Prälegat ebenfalls zu gleichen Theilen bedacht ſind, das Prälegat ſo gut als nicht geſchrieben iſt, weil Jeder von dem Andern ſo viel empfängt, als er dieſem zu gewähren hat; 3) daß dagegen, wenn Miterben zu ungleichen Theilen eingeſetzt ſind, und ein Prälegat empfangen ſollen, der Antheil, welchen Jeder dem Andern zu gewähren hat, ſich

umgekehrt wie deſſen Erbtheil verhält. Von dieſen Folgeſätzen iſt ohne Zweifel der erſte der anſtößigſte. Denn hier gewährt das Prälegat dem honorirten Erben nicht nur keinen Vortheil, ſondern er wird ſogar in offenbaren Nachtheil verſetzt, was aus der Dispoſition des Erblaſſers nur mittelſt einer ſehr gezwungenen Interpretation ſich herleiten läßt. — Was nun aber B) jeden andern durch Wegfall des Honorirten vacant werdenden Antheil des Honorirten anlangt, ſo tritt hier, wie bei andern Legaten, ein jus accrescendi ein, und es kann bloß die Frage aufgeworfen werden, ob, vermöge dieſes jus accrescendi der als Collegatar honorirte Erbe von dem Antheil, welcher nach A. ad collegatarios pertinebat, etwas erhalten könne? Pfordten a. a. O. S. 80. I. α. u. II. leugnet dies; allein der angeführte Grund, quia quidquid ex hac parte praelegatario heredi accresceret, ab hoc jure hereditario possideretur, möchte ſchwerlich etwas beweiſen. Uebrigens ſcheint nicht mit Unrecht angenommen zu werden, daß auch mehrere Erben, denen gemeinſchaftlich eine Sache als Erbtheil angewieſen worden iſt, in Bezug auf dieſe Sache das jus accrescendi, wie Collegatare haben; vgl. §. 681. Kriegel. diss. l. p. 85. n. 3.

z) d. l. un. §. 14. C. de cad. toll.

aa) l. 1. 2. C. comm. leg.; vgl. Mayer Anwachſ.-Recht p. 153. §. 3. Roßhirt I. 2. §. 9. S. 115. Dies wenigſtens in allen Fällen, in denen die Legatare nicht bloß act. personalem ex test., ſondern auch die rei vindicatio erwerben. Ueber jus accr. bei einem fideic. praesente hered. relictum, Hanaccius de conjunct. legatar. §. 20. Auf fideicommissa universalia iſt dies indeß nicht zu beziehen, Mayer S. 156. Linde Zeitſchr. VI. 10.

bb) d. l. un. §. 14. l. ult. C. de m. c. don. l. 87. D. de leg. 3. Engau p. II. resp. b. Feith VI. 52. A. M. war A. Faber. dec. LVIII. err. 10. Ueber jus accr. bei Erbverträgen vgl. Hommel obs. 619. u. unten §. 835. n. 4.

§. 780.

In dem umgekehrten Fall, wenn einem Legatar mehrere Legate [a]) hinterlaſſen werden, iſt vor allen Dingen zu unterſcheiden, ob die mehrern Legate zugleich, eins und das andre, oder alternativ, eins oder das andere, beſchieden worden ſind. Was A) den erſten Fall anlangt, ſo iſt zu bemerken: 1) daß, wie ſchon oben erwähnt ward, dem Legatar das Befugniß zuſteht, eins oder einige der mehrern Legate anzunehmen und das Uebrige auszuſchlagen [b]); 2) daß, wenn der Teſtirer eine und dieſelbe Perſon mehrere Male mit einem Legat bedacht hat, dennoch nicht immer

ein mehrfaches Legat, ſondern nach Beſchaffenheit der Umſtände auch wohl eine bloße Wiederholung [c]), oder gar eine Ademtion des frühern Legats [d]) angenommen werden kann. B) Bei den alternativ hinterlaſſenen Legaten [e]) liegt wieder der Fall vor, in welchem eine Wahl Statt findet, die auch hier in der Regel ſo wie bei dem legatum generis erfolgt, und mit denſelben Folgen wie dort verbunden iſt [f]). Es können jedoch die alternativ concurrirenden Legate ſowohl von derſelben Art, als auch verſchiedener Art ſeyn. Das Erſte findet ſtatt, wenn bei beiden ein genus, oder bei beiden eine species den Gegenſtand des Legats bildet. Dem letztern Fall eigenthümlich iſt die Beſtimmung, daß, wenn unter mehrern alternative hinterlaſſenen Sachen eine oder einige wegfallen, das Wahlrecht unter den übrigen bleibt, und wenn nur eine einzige species übrig bleiben ſollte, dieſe unbedingt zu gewähren iſt [g]). Auch Quantitäten können alternative hinterlaſſen werden, ſelbſt Quantitäten derſelben Art; wo dann der Unterſchied bloß auf dem Mehr oder Weniger beruhet und in dubio nur das Wenigere gewährt zu werden braucht [h]). Dagegen iſt es eine Concurrenz von Legaten verſchiedener Art, wenn ein legatum quantitatis mit einem leg. generis, oder leg. speciei [i]), oder ein legat. generis mit einem leg. speciei concurrirt.

a) Nicht immer iſt jedoch eine Mehrheit von Legaten da anzunehmen, wo eine Mehrheit von Sachen vorliegt, l. 2. D. de leg. 2.; vgl. oben §. 768. 770. Ueber die Regel, quot sunt res vel summae, tot sunt legata vel stipulationes; vgl. l. 29. pr. l. 134. §. 3. l. 140. §. 1. D. de V. O. u. dazu Goeddaeus de contrah. stip. Zwei Legate, welche unter Bedingungen hinterlaſſen worden ſind, die ſich gegenſeitig ausſchließen, gelten als verſchiedene Legate, l. 27. D. de leg. 2.

b) l. 4. 5. pr. l. 6. D. de leg. 2. Roßhirt I. 4. §. 2.

c) Der favor heredis, oder überhaupt des onerati, in Anſehung deſſen man vorausſetzt, daß ihn der Teſtirer nicht zu ſehr habe belaſten wollen, und der favor legatarii, welchen man in l. 12. D. de R. I. ausgeſprochen meint, kann hier darum nichts entſcheiden, weil in verſchiedenen Geſetzen bald der oneratus, bald der Legatar als der begünſtigte erſcheint; vgl. Glück und Geiger Rechtsf. I. 2. §. 8. Madihn Miscellen I. 36. Dagegen ſind folgende

Umſtände in Erwägung zu ziehen, 1) ob die mehrern Legate in einem und demſelben letzten Willen, oder in verſchiedenen Diſpoſitionen, welche freilich in der Regel nicht beide zugleich Teſtamente ſeyn können, vgl. §. 729., enthalten ſind. Iſt das Letztere der Fall, ſo nimmt man eine Mehrheit von Legaten an, ſo daß der Erbe oder oneratus beweiſen muß, die ſpätere Verfügung ſey nicht hinreichend, den Anſpruch auf ein zweites Legat zu begründen, l. 12. pr. D. de probat. l. 27. pr. D. de leg. 3. l. 18. pr. D. de al. leg. Wernher. p. I. obs. 202. Brockes. obs. 330. Struben r. Bed. IV. 185. (45. ed. 2.); vgl. auch den Fall bei Madihn I. 36. Dieſer Satz iſt jedoch auf den Fall, wenn zwei Exemplare eines und deſſelben Teſtaments vorliegen, nicht anwendbar; l. 47. D. de leg. 2. Im erſtern Fall hat der Legatar zu beweiſen, daß ihm ein doppeltes Legat hinterlaſſen worden ſey; vgl. Wernher l. l., ingl. den Fall bei Zachariae quaest. V. 6. Breuning. d. an legata eadem quant. pluries in eodem test. pluries quoque ab herede solvenda. L. 1776. und d. an eadem quantitas eodem pluries legata plura cont. legata. ib. 1778. 2) Der Gegenſtand des Legats. Hierher gehört beſonders l. 34. §. 1. 3. 5. 6. D. de leg. 1., in welcher species und quantitas legata gegen einander geſtellt wird. Vorausgeſetzt wird eine und dieſelbe letzte Willensverordnung, und unter dieſer Vorausſetzung angenommen, daß species leg. nur einmal verlangt werden könne, mit der Ausdehnung, daß der, welcher bereits aestimationem erlangt hat, nicht auch noch die Sache ſelbſt fordern könne; vgl. l. 66. §. 5. D. de leg. 2. Als Grund wird angeführt eadem res saepius praestari non potest. Ein Grund, der freilich nicht ganz befriedigend, aber jeden Falls auch gültig dann erſcheint, wenn eadem species in zwei Diſpoſitionen des Teſtators hinterlaſſen worden iſt. Bei der quantitas, quae volente testatore multiplicari potest, iſt es quaestio facti; indeß hat, wenn von einer und derſelben Diſpoſition die Rede iſt, der Legatar den Beweis zu führen, daß ein mehrfaches Legat hinterlaſſen worden ſey; vgl. den Fall der l. 13. pr. D. de reb. dub. Werner. de legato pecuniae §. 17. sqq. Dies gilt, es mag nun von Geld oder von einer andern quantitas die Rede ſeyn; vorausgeſetzt, daß ein reines leg. quantitatis nicht etwa eine quantitas, welche die Natur einer species angenommen hat, vorliegt, d. l. 34. §. 4. 5. 6. Ob die Verſchiedenheit der Größe der legirten Quantitäten hierbei in Betracht komme, läßt ſich im Allgemeinen nicht beſtimmen; vgl. Wernher Enunc. I. 75. Von dem genus legatum iſt in den Geſ. in dieſer Beziehung nicht die Rede, allein hier kann wohl ſchwerlich etwas Anderes als unum legatum angenommen werden. 3) Ob ein und derſelbe oneratus vorhanden iſt, oder nicht, l. 44. §. 1. D. de leg. 2. Hier wird bei einer quantitas legata zu Gunſten des Legatars ein mehrfaches Legat angenommen; was die spe-

cies leg. anlangt, ſo ſcheint es bei d. l. 34. ſein Bewenden zu haben. Das Reſultat von Allem möchte ſeyn: wenn eine species mehrmals demſelben Legatar legirt worden iſt, oder ein genus legatum öfter vorkommt, ſo iſt nie eine Mehrheit von Legaten anzunehmen. Iſt dagegen quantitas pluries legata vorhanden, ſo wird ein mehrfaches Legat präſumirt, wenn das legat. in verſchiedenen Dispoſitionen, oder doch von verſchiedenen oneratis hinterlaſſen worden iſt; ſonſt iſt in dubio unum legatum anzunehmen; vgl. über dieſen Punct auch Zeitſchr. N. F. III. n. 18. S. 284.

d) l. 12. §. 3. l. 14. D. de leg. 1. l. 44. D. de leg. 2. l. 9. D. de adim. vel transf. leg.

e) Vgl. Weſtphal von Vermächtn. §. 342—348., deſſ. Arten der Vermächtn. §. 49—53. Roßhirt II. 1. §. 3. 4. 5. Eine diss. von Andr. a Mandelslo de legat. altern. Ultraject. 1723. habe ich nicht einſehen können. Die Wahl, welche in dem Falle des legat. alternativum Statt findet, kann auf zwei oder auch auf mehrere Gegenſtände ſich beziehen. Die gewöhnliche Form eines ſolchen Legats iſt, daß die mehrern Gegenſtände durch die Partikeln aut, oder, verbunden legirt werden. Jedoch kann ein legat. alternativum auch in der Form eines bedingten Legats, z. B. Titius ſoll den Gegenſtand A. und, wenn dieſer nicht gewählt oder gegeben wird, den Gegenſtand B. erhalten, hinterlaſſen werden, l. 8. §. 1. D. de leg. 2. l. 9. D. de opt. leg. l. 19. pr. §. 1. l. 24. D. qu. dies leg. Ob bei dem leg. alternativo eine Mehrheit von Legaten vorliege? darüber finden ſich in den Geſetzen verſchiedene Angaben. Verneint wird die Frage in dem Fall des eigentlichen leg. alternativi, welches in der Form dies oder jenes, illud aut illud, hinterlaſſen worden iſt, l. 27. D. de leg. 2. l. 25. pr. D. qu. dies leg. Davon weicht aber l. 8. §. 1. D. de leg. 2. in dem Fall, wenn dem Legatar die Wahl überlaſſen worden iſt, und l. 34. §. 14. D. de leg. 1. in dem Fall ab, wenn die Wahl zwiſchen einer Sache und dem ususfructus an derſelben gegeben worden iſt. Unum legatum wird ferner l. 19. pr. §. 1. 2. D. qu. dies leg. j. l. 1. D. de penu leg. angenommen, wenn die Form eines bedingten Legats beobachtet und die Wahl dem Onerirten überlaſſen worden iſt. Das Gegentheil ſcheint l. 24. D. qu. dies leg. j. l. 1. §. 8. D. ad l. Falc. auszuſprechen. Hier werden zwei Legate, jedoch in der Maaße angenommen, daß das pure hinterlaſſene Legat für wiederum entzogen und in das zweite damit verbundene Legat verwandelt worden ſey, wenn der oneratus auf vorherige Interpellation des Honorirten daſſelbe zu präſtiren unterlaſſen hat; vgl. die folgende Note und die daſelbſt angef. Rechtslehrer; auch Roßhirt a. a. O. §. 3. 5. Dagegen wird ein Legat in der Form: Cajus ſoll den Gegenſtand A. haben, wenn ihm der Erbe nicht den Gegenſtand B. giebt; wo alſo der Gegenſtand B. gar

nicht als Object des Vermächtniſſes bezeichnet iſt, als unum legatum angeſehen, l. 19. §. 1. l. 24. §. 1. D. quando dies leg. Die Frage, ob bei einem leg. alternativum ein einfaches oder ein vielfaches Legat vorliege, iſt von Wichtigkeit; zwar nicht inſofern, als ob, wenn das letztere ſeyn ſollte, der Legatar berechtigt ſeyn könnte, ſämmtliche legirte Objecte zu fordern; wohl aber in mancher andern Beziehung, wie ſich weiter unten und ſogleich in der nachfolgenden Note ergeben wird.

f) Die Wahl kann ſowohl dem Erben als dem Legatar hinterlaſſen werden; in dubio gebührt ſie aber dem Legatar, a. §. 22. I. de legat. Sonſt gilt daſſelbe, was in Anſehung der Wahl bei dem genus legat. bemerkt worden iſt; vgl. §. 766. 767. Schweppe §. 898. Roßhirt §. 5. Ueber das Dispoſitionsrecht des Onerirten vor getroffener Wahl vgl. l. 104. §. 1. D. de leg. 1. Daß die einmal getroffene Wahl nicht abgeändert werden könne, l. 84. §. 9. D. de leg. 1., l. 11. §. 1. l. 19. D. de leg. 2. Was den modus der Wahl betrifft, ſo iſt es nicht geſtattet, von jedem der zur Wahl ausgeſetzten Gegenſtände Theile zu wählen, l. 8. §. 2. D. de leg. 1. Wenn das eine zur Wahl geſtellte Object unter einer Bedingung legirt worden iſt, ſo kann der Fall eintreten, daß für die verſchieden legirten Objecte ein verſchiedener dies cedens eintritt. Eben das findet Statt auch bei unbedingt legirten Gegenſtänden, wenn unter denſelben auch der ususfructus ſich befand, l. 14. pr. l. 1. D. qu. dies leg. Hier kann natürlich eine Wahl nicht eher Statt finden, als bis die Bedingung, l. 16. pr. l. 24. 25. pr. D. qu. dies leg., oder überhaupt dies cedens für beide Legate eingetreten iſt, l. 14. pr. ib. Geſetzt nun, die Wahl iſt dem Legatar überlaſſen und dieſer ſtirbt vor Eintritt der Bedingung, transmittirt er dann einen Anſpruch auf ſeine Erben? Ein Wahlrecht gewiß nicht; wenigſtens nicht nach älterm Recht, wenn etwa anzunehmen ſeyn ſollte, daß nach neuerm Recht §. 23. I. de leg. entſcheide. Ob aber der Legatar einen Anſpruch auf das pure legirte Object habe? Bei Beantwortung dieſer Frage kommt es darauf an, ob man unum legatum oder plura legata annimmt; das Letztere angenommen iſt kein Zweifel, daß dieſes Legat transmittirt werde. Unter der entgegengeſetzten Vorausſetzung würde das Gegentheil gelten. Die letztere Vorausſetzung wird angenommen in l. 19. pr. §. 1. D. qu. dies leg. l. 25. ib., und wenigſtens das letztere Geſetz zieht daraus die angegebene Folge. Dagegen wird in l. 14. pr. §. 1. D. qu. dies leg. angenommen, daß das pure legirte Object unbedingt transmittirt werde. Dieſelbe Frage wird übrigens auch aufgeworfen in Anſehung des alternativen Legats, welches in der Form eines bedingten Legats hinterlaſſen worden iſt. Hier nimmt, wenn die Wahl dem Legatar zuſteht, ein mehrfaches Legat an l. 8. §. 1. D. de leg. 2., und hiernach wird das un=

bedingt legirte Object transmittirt werden müſſen. Zu demſelben Reſultat gelangt man in dem Fall, wenn dem Erben die Wahl überlaſſen worden iſt, l. 24. D. qu. dies leg. j. l. 1. §. 8. D. ad l. Falcid., und eben ſo l. 19. pr. §. 1. D. qu. dies leg. j. l. 1. D. de penu leg. Die beiden letztern Geſetze nehmen zwar nur ein Legat an, betrachten aber die Sache ſo, als ob dasjenige Object, welches der Erbe geben ſoll, wenn er ein anderes nicht gegeben hat, den eigentlichen Gegenſtand des Legats bilde, welches ſogleich gefällig iſt; das andere aber ſoll nur als etwas anzuſehen ſeyn, durch deſſen ante litem contestatam bewirkte Leiſtung der Erbe von dem Anſpruch auf jenes ſich befreien kann; vgl. über dieſen Punct Cujac. quaest. ad Papin. und zwar ad l. 25. D. qu. dies leg. tom. IV. ep. edit. nup. p. 498. observ. XVII. 4. J. Robert. recept. sent. I. 17. Lyclama membr. VI. §. 2. 3. Heineccius ad l. Jul. et P. Popp. III. 9. 6. p. 438. Weſtphal §. 344. 345. 349. Schweppe §. 898. a. E. Roßhirt S. 25.

g) l. 11. §. 1. D. de leg. 2. j. l. 47. §. 3. l. 84. §. 9. D. de leg. 1. Befinden ſich die zur Wahl geſtellten species in der Erbmaſſe, ſo kommt das leg. alternativum häufig in der Form vor, daß dem Legatar eine oder auch mehrere von den in dem Nachlaß ſich befindenden Sachen vermacht worden, l. 22. D. de opt. leg. Aehnlich, jedoch immer noch verſchieden von dieſem Fall des leg. alternativi, iſt der Fall, wenn von mehrern in der Erbmaſſe vorhandenen species der Teſtirer eine legirt hat und nicht erhellt, welche gemeint worden ſey. Hier wird der Erbe befreit, wenn er die von geringerm Werth präſtirt, l. 37. §. 1. l. 39. §. 6. D. de leg. 1. Die ſcheinbar entgegenſtehende l. 20. ib., welche dem Legatar die Wahl läßt, interpretirt man von einem leg. vindicationis. Es bedarf aber dieſer Interpretation nicht, wenn man annimmt, daß in dem in letzterem Geſetz erwähnten Fall nicht von Sachen verſchiedenen Werths die Rede iſt. Hier iſt noch beſonders der Fall zu erwähnen, wenn die Wahl zwiſchen der Sache und dem Nießbrauch an derſelben gegeben iſt; l. 34. §. 14. D. de leg. 1. l. 23. D. de leg. 2. l. 10. D. de usufr. leg. l. 14. pr. D. qu. dies leg. Hier liegen zwei Legate vor. Dieſen Satz ſpricht zwar nur das erſte der angeführten Geſetze aus; allein die daraus abzuleitende Folge, daß der Legatar, wenn ihm die Wahl überlaſſen worden war, auch den ususfructus allein, ohne die proprietas, wählen dürfe, was er bei einem einfachen Legat nicht konnte, nehmen alle übrigen an.

h) l. 43. §. 3. D. de leg. 2.; vgl. l. 12. 109. D. de V. O.

i) l. 14. pr. l. 24. D. qu. dies legat. l. 8. §. 2. D. de leg. 1.

§. 781.

III. Da der Erbe zur Entrichtung des Vermächtniſſes erſt nach angetretener Erbſchaft, und dafern es unter einer

Bedingung oder ex die hinterlaſſen worden, auch nicht eher als nach deren Eintritt verbunden iſt, ſo kann der Legatar wegen künftiger Abführung des Vermächtniſſes von dem Erben Sicherheitsbeſtellung fordern [a]). Nach gemeinem Recht hat auch wegen jedes Legats der Vermächtnißnehmer eine ſtillſchweigende Hypothek an der Erbmaſſe [b]). In Sachſen findet aber dieſe nicht Statt, dagegen iſt verordnet [c]), daß ohne Unterſchied, ob ein bedingtes oder ein unbedingtes Vermächtniß vorliegt [d]), zur Sicherſtellung der Legatare und Fideicommiſſare eine gerichtliche Hypothek auf des Erblaſſers unbewegliche Güter conſtituirt [e]), oder in deren Ermangelung der Erbe zur Beſtellung zulänglicher Caution angehalten werde [f]). Für dieſe Sicherſtellung hat der Richter ex officio zu ſorgen [g]) und deshalb bei gerichtlichen Teſtamenten ſofort nach Eröffnung des Teſtaments die Hypothek zu beſtellen [h]), und Strafauflagen wegen Beſtellung der Caution zu erlaſſen [i]); bei außergerichtlichen Teſtamenten hingegen ſind zunächſt die Erben ſchuldig, binnen 3 Monaten von Zeit der angetretenen Erbſchaft an den Richter von dem Vermächtniſſe Nachricht zu ertheilen, und gleichmäßige Sicherheit zu beſtellen, widrigenfalls ſie mit der Strafe, das Vermächtniß doppelt zu entrichten und daß jeder derſelben dafür in solidum, ohne das beneficium divisionis zu genießen, haften muß, belegt werden [k]).

a) l. 1. pr. et §. 2. D. ut legat. v. fideic. servand. causs. caveat; vgl. J. F. Schneider. de caut. leg. serv. nom. praest. Lips. 1732. J. G. Siegel. de caut. fideic. nom. praest. L. 1728. Leyser. sp. 407. 408. Gärtner. de legat. in diem vel sub cond. relict. L. 1728. §. 5. sqq. Weſtphal Vermächtn. §. 915—1037. Schweppe §. 900. Roßhirt I. 44. §. 9. Nicht bloß in dem Fall eines sub conditione oder ex die hinterlaſſenen Legats tritt der Fall ein, daß der Legatar Sicherſtellung fordern kann, ſondern auch bei legatis pure relictis, ſobald der Berichtigung des Legats ein Hinderniß entgegenſteht, deſſen Beſeitigung nicht von dem Willen des Legatars abhängt, l. 1. §. 11. l. 14. 15. D. ut leg. vel fid. nom.; vgl. J. W. II. 59. Die cautio bezieht ſich theils auf die Abentrichtung, theils auf das Verſprechen, dolum malum abfuturum esse, d. l. 1. pr. l. Vorausgeſetzt wird natürlich ein erwieſenes, gültig hinterlaſſenes Legat,

l. 5. §. 2. l. 14. §. 1. ib., ingleichen, daß der Legatar der Sicherſtellung wegen, anſucht, l. 1. §. 9. 19. Iſt der Erbe der Onerirte, ſo kann Sicherſtellung von ihm gefordert werden, auch vor Antritt der Erbſchaft, ſobald derſelbe in dem Beſitz derſelben ſich befindet, und Erbſchaftsantritt wenigſtens noch möglich iſt, l. 1. §. 4. l. 2. D. ut in poss. leg. Ein anderer oneratus kann zur Sicherſtellung nur erſt dann angehalten werden, wenn er das erhalten hat, was er gewähren ſoll; vgl. über dieſen Punct l. 5. §. 29. D. ut in poss. leg. Die Sicherſtellung muß in der Regel durch Pfand oder Bürgen geſchehen, l. 1. pr. l. 7. D. ut leg. vel fid. nom. l. 3. §. 3. l. 4. D. ut in poss. leg. Wird die geforderte Sicherheit nicht beſtellt, ſo erfolgt missio in bona zunächſt in die zu der Verlaſſenſchaft gehörigen Güter, in subsidium aber auch in das eigne Vermögen des oneratus, l. 6. C. ut in poss.; und mit der Wirkung des Mitbeſitzes, ſo wie, was das eigne Vermögen des oneratus betrifft, eines prätoriſchen Pfandrechts; vgl. §. 1086. Die Caution fällt weg *α*) wegen Erlaſſes von Seiten des Teſtirers oder des Honorirten, l. 77. §. 3. D. de C. et D. l. 1. §. 9. 10. l. 18. pr. ut leg. serv. c. l. 2. 7. C. ut in poss. leg. Zoller. pr. de remiss. cautionis legat. L. 1756.; *β*) wegen des Verhältniſſes des oneratus zu dem honoratus, wenn nicht der Teſtirer etwas Anderes verordnet hat; ſo wenn Eltern den Kindern, oder Geſchwiſter einander ex test. parentum, Legate zu entrichten haben, l. 6. pr. §. 1. C. ad SCt. Treb. Leyser. sp. 407. 1—4.; *γ*) wenn dem Fiscus oder einer Gemeinde die Gewährung des Legats auferlegt worden iſt, l. 1. §. 18. l. 6. §. 1. D. ut leg. serv. nom.; *δ*) wegen Beſchaffenheit des Legats bei dem leg. liberationis, l. 1. §. 2. D. ut in poss. leg. Viele Rechtslehrer nehmen übrigens an, daß der Anſpruch auf missio in bona wegfalle, nachdem durch l. 1. C. comm. leg. allen Legatarien ein ſtillſchweigendes Unterpfandsrecht eingeräumt worden iſt. Indeſſen iſt derſelbe nirgends ausdrücklich aufgehoben worden, auch ſind die Rechte, welche dadurch der Legatar empfängt, nicht identiſch mit den aus dem ſtillſchweigenden Pfandrecht abzuleitenden Rechten. Deſſen ungeachtet ſcheint es, da die aus der immissio entſtehenden Rechte von größerem Umfange ſind als die aus dem Pfandrecht abzuleitenden, richtiger, anzunehmen, daß der Legatar mit dem allen Legataren überhaupt zugebilligten Pfandrecht ſich begnügen müſſe, weil doch die, welche die Zahlung des Legats nicht ſofort zu verlangen berechtigt ſind, nicht mehr begünſtigt ſeyn ſollten als andere, welche ſofort Abentrichtung fordern können; vgl. Leyser. sp. 408. m. 1. 2. Roßhirt S. 517. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IX. 9. S. 306., welche a. M. ſind. Nach ſächſ. Recht iſt die in den E. P. O. XLV. 4. erwähnte Sicherheitsſtellung eine Art der Cautionsbeſtellung, die von der des gem. Rechts dadurch ſich unterſcheidet, daß ſie auch

ohne vorherigen Antrag des Legatars in allen Fällen, ſobald nicht remissio von Seiten des Teſtirers vorliegt, verlangt werden kann, und zunächſt durch Unterpfand auf den zu dem Nachlaß gehörigen Immobilien beſtellt werden muß; vgl. Siegel. diss. l. §. 20. 21. Gärtner. diss. l. §. 6. Schneider. diss. l. §. 16. ſ. auch not. c.

b) Glück XVIII. §. 1086. S. 403. XIX. §. 1088. S. 165. ff. Weſtphal Pfandr. §. 98. Meißner Darſtell. der Lehre v. ſtillſchw. Pfandrecht II. §. 177. ff. Geſterding Ausbeute der Nachforſch. über verſchiedene Rechtsmat. III. 7. n. 1.

c) E. P. O. XLV. 4., welche durch die neuere Geſetzgebung beſtätigt worden iſt, für die Oberlauſitz durch Geſ. v. 25. Januar 1836. (GS. n. 6.) §. 91. 92. und allgemein durch das Hyp.-Geſ. v. 6. Novbr. 1843. (GS. n. 43.) §. 39. Wegen der den piis caussis ausgeſetzten Vermächtniſſe ſ. oben §. 752. Die Diſpoſition der E. P. O. bezieht ſich nicht auf fideicommissa universalia, in Anſehung deren auch das gemeinrechtliche Pfandrecht, an deſſen Stelle die in dem ſächſ. Geſetz erwähnte Sicherſtellung getreten iſt, nicht Statt fand; vgl. auch Siegel l. l. §. 20. Zweifelhafter iſt, ob die E. P. O. Anwendung leide 1) auf heredes ex re certa institutos; wobei Alles darauf ankommt, in welchem Umfange man die Worte der l. 13. C. de her. inst., in welchen dergleichen Erben für Legatare erklärt werden, zu nehmen habe; vgl. oben §. 679. 681. Nach der daſ. angef. diss. von Volkmann und der Meinung des ehemal. App.-Gerichts ſcheint dieſe Frage bejaht werden zu müſſen, und dies erhält gewiſſermaßen durch §. 3. des Erbgeſetzes Beſtätigung; 2) auf den Fall, wenn nicht der Erbe, ſondern ein legatarius onerirt worden iſt. Die E. P. O. ſcheint allerdings zunächſt nur den Erben als oneratus vor Augen gehabt zu haben, dennoch dürfte, da die l. 1. C. erwähnte Hypothek auch in dem Fall Statt hatte, wenn ein Legatar onerirt worden war, auch dieſe Frage, wenigſtens in Anſehung der Cautionsbeſtellung, zu bejahen ſeyn; denn für Beſtellung einer Hypothek werden nicht immer die nöthigen Vorausſetzungen exiſtiren. Daß das Geſetz nicht anwendbar ſey auf legata heredi relicta, behauptet Gärtner diss. l. §. 9.; der angef. Grund aber, quod nemo sibi ipsi cavere possit, iſt, den Fall vorausgeſetzt, daß nicht der heres legatarius zugleich der alleinige oneratus ſey, nichts weniger als durchgreifend. Für die verneinende Meinung läßt ſich indeß das ſagen, daß der honorirte Erbe als Erbe mehr auf Sicherheit ſeiner Legate Bedacht zu nehmen im Stande iſt, als ein bloßer Legatar. Uebrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß die in der E. P. O. vorgeſchriebene Maaßregel ſowohl von dem Teſtirer als von dem Honorirten erlaſſen werden kann, Gärtner diss. l. §. 9. Schneider §. 29. Siegel §. 25—27.

d) Es iſt offenbar unrichtig, wenn Gärtner §. 9. annimmt, daß bei legalis puris et certis die C. P. O. überhaupt nicht in Anwendung komme.

e) Es verſteht ſich, daß durch dieſe Hypothek der Legatar kein Vorzugsrecht vor den Gläubigern des Erblaſſers, ſelbſt wenn dieſe gemeine Gläubiger ſeyn ſollten, erhält; l. 114. §. 14. D. de leg. 1. l. 15. C. ib. Schneider. diss. l. §. 27.; vgl. §. 794. a. E.

f) Die Caution iſt durch Bürgen oder Pfand zu beſtellen. Griebner Diſc. z. P. O. S. 448.

g) Es iſt alſo Anſuchen von Seiten des Legatars nicht nöthig; Griebner a. a. O. und dazu Küſtner not. 88. Daher auch bei Beſtellung der Hypothek Gegenwart des Legatars keineswegs erforderlich iſt; Schneider §. 22. Daß der Richter wegen Unterlaſſung der vorgeſchriebenen Maaßregeln verantwortlich werde, iſt nicht zu bezweifeln; Schneider diss. l. §. 24. Verpflichtet dieſe Maaßregeln zu beſorgen iſt der Richter, zu deſſen Cognition der Nachlaß des Verſtorbenen gehört. Liegt aber ein gerichtliches Teſtament vor, und iſt dies bei einem andern Richter niedergelegt, ſo kann natürlich jener nicht eher etwas thun, als bis ihm das Daſeyn des Teſtaments officiell bekannt gemacht worden iſt. Der Richter, bei welchem das Teſtament errichtet oder niedergelegt worden iſt, hat, wenn er nicht zugleich der Richter iſt, vor welchen die Regulirung des Nachlaſſes gehört, die Pflicht, nicht nur das Teſtament innerhalb der vorgeſchriebenen Friſt zu eröffnen, ſondern auch dem andern Richter von dem Teſtament, deſſen Errichtung und Eröffnung beglaubte Abſchrift mitzutheilen; vgl. Mand. über Eröffnung und Bekanntmachung der gerichtl. erklärten und niedergelegten letzten Willen v. 30. Octbr. 1826. §. 5. 7. 11. GS. n. 40. Die Unterlaſſung dieſer Maaßregel würde auch ihn verantwortlich machen.

h) Und zwar nach der E. P. O. gleich nach deſſen Eröffnung. Liegen die Grundſtücke unter der Gerichtsbarkeit eines andern Richters, ſo iſt dieſer zu requiriren, und zwar von dem Richter, vor welchen die Regulirung des Nachlaſſes gehört. Die E. P. O. ſpricht übrigens von unbeweglichen Gütern, welche zu dem Nachlaß gehören, auf denen die Hypothek beſtellt werden ſoll. Es iſt daher, wenn mehrere Grundſtücke zu dem Nachlaß gehören, nicht allemal hinreichend, auf einem derſelben die Hypothek zu notiren.

i) Der Richter muß hier mit Auflagen verfahren; welche Commination ſoll er aber gebrauchen? Daß in vielen Fällen die gewöhnlichen Strafauflagen nur ein ſchwaches Compelle abgeben werden, iſt leicht einzuſehen. Deſſen ungeachtet hat der Richter ſeiner Pflicht genug gethan, wenn er bei ſolchen Strafauflagen ſtehen bleibt und außerordentlicher Zwangsmittel in der Regel ſich enthält. Doch

kann er jeden Falls die Ausantwortung des in ſeiner Verwahrung befindlichen Nachlaſſes, wenigſtens theilweiſe, verweigern, ſo lange nicht hinreichende Caution beſtellt worden iſt. — Uebrigens kommt es auf den Antritt der Erbſchaft, wenn von Beſtellung einer Hypothek die Rede iſt, gar nicht, und in dem entgegengeſetzten Fall, a. l. 1. §. 4. l. 2. D. ut in poss. leg., wenigſtens dann nicht an, wenn der präſumtive Erbe im Beſitz des Nachlaſſes ſich befindet.

k) Die Anzeige ſcheint wenigſtens nach dem angef. Mand. v. 1826. dem Richter geſchehen zu müſſen, vor den die Regulirung des Nachlaſſes gehört; denn nur dieſer hat auf die beſchehene Anzeige das weiter Nöthige zu verfügen. Was die poena dupli betrifft, ſo war ehemals ſtreitig, ob, um dieſer Strafe ledig zu werden, es hinreiche, die Anzeige bei dem Richter zu bewirken, oder ob binnen der geordneten Friſt auch Hypothek oder Caution beſtellt ſeyn müſſe? vgl. C. G. Kirsch casus de poena dupli ob hypoth. jud. legatariis ab herede intra tres menses aditae hered. non constitutum. L. 1728. Gärtner. diss. l. §. 10. Schneider. diss. l. §. 17. Daß poena commissa auch von den Erben des ſäumigen Erben zu präſtiren ſey, Schneider. diss. l. §. 17. Die poena dupli ſcheint h. z. T. ziemlich in Vergeſſenheit gerathen; wenigſtens erinnert Schreiber dieſes ſich nicht, daß darüber ein Streit geweſen ſey.

§. 782.

IV. Zwiſchen dem Onerirten und Honorirten wird übrigens von dem Augenblick an, mit welchem der Erſtere die letztwillige Verfügung anerkennt, ein Obligationsverhältniß herbeigeführt, welches, wenn der Onerirte der Erbe iſt, durch den Erbſchaftsantritt begründet und in den Geſetzen als obligatio quasi ex contractu bezeichnet wird [a]). Die hiermit entſtehenden Rechte und Verbindlichkeiten ſollen kürzlich noch zuſammengeſtellt werden. Was A) die Rechte des Honorirten und die ihnen entſprechenden Verpflichtungen des Onerirten anlangt, ſo hat derſelbe nach eingetretenem dies veniens das Recht, das Vermächtniß zu fordern [b]), wobei demſelben, wie bei andern Forderungsrechten, keinesweges ſtatt des eigentlich Vermachten etwas Anderes aufgedrungen werden kann [c]). Beſteht die Verpflichtung des Onerirten in einem Geben, ſo iſt zu bemerken: α) in Anſehung des Orts der Abentrichtung, daß dieſelbe an dem Ort geſchehen kann, an welchem die Klage anzuſtellen iſt [d]); β) wenn

der legirte Gegenſtand eine species iſt, welche in der Verlaſſenſchaftsmaſſe vorhanden iſt, ſo iſt dieſelbe an dem Ort zu präſtiren, an welchem ſie zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſich befindet [e]). Auch hat in dieſem Fall, wenn der Gegenſtand eine res propria des Teſtirers oder Onerirten iſt, der Legatar das Recht, die Veräußerung zu verhindern [f]). γ) Die Acceſſionen anlangend, ſo ſind dieſe mit der Hauptſache zu gewähren [g]). Insbeſondere hat der Onerirte dem Legatar alle Früchte und Nutzungen der vermachten Sache, welche nach Ablauf des 30. Tages von des Teſtirers Tode an gerechnet, erhoben worden ſind, zu erſtatten [h]), auch von dieſer Zeit an die vermachten Poſten und Geldquanta zu verzinſen, ohne daß ihm dagegen der Einwand, daß er nicht in mora geweſen ſey, oder von dem Vermächtniſſe keine Nachricht gehabt, oder die Erbſchaft ſpäter angetreten habe, zu Statten kommen kann. Im Gegentheil iſt auch der Erbe alle bis zum 30. Tage nach des Teſtirers Tode fallende Zinſen und Nutzungen, ſelbſt in dem Falle, wenn der Legatar ſelbſt oder ein Dritter die vermachte Sache beſitzt, oder das vermachte Kapital bei demſelben ſteht, ſich zuzueignen berechtigt [i]).

a) §. 5. I. de obl., quae quasi ex contr. l. 5. §. 2. D. de O. et A. l. 3. §. 3. l. 4. D. quib. ex c. in poss. l. 19. D. de R. I. Weber natürl. Verb. §. 9. Glück Pand. IV. 308. S. 240. C. G. Hübner. de natura obligat., quae quasi ex contr. et quasi ex delicto nascuntur. L. 1802. c. 2. in fin. c. 3. p. 47. Hugo civ. Mag. VI. 17. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IX. S. 86. Daß dieſe Idee einer obligatio quasi ex contractu in dem Verhältniß eines andern oneratus als des Erben, wenigſtens in dem ältern Recht, nicht angenommen war, ſ. Roßhirt I. S. 507. not. 3.

b) l. 47. pr. D. de leg. 1. Bei Geldzahlung ſoll aber auch nach angetretener Erbſchaft dem Erben eine billige Friſt geſtattet werden, l. 71. §. 2. D. de leg. 1. Daß der Erbe, wenn zu ſeinen Gunſten eine Zahlungszeit beſtimmt worden iſt, vorher zahlen, l. 12. C. de fideic., und das Bezahlte nicht wieder zurückfordern könne, l. 10. D. de cond. ind. ſ. Schiller. Ex. XL. §. 55. 56.; vgl. jedoch auch l. 10. de ad SCt. Treb. und dazu Faber. conject. XVIII. 5. Dagegen findet anticipirte Zahlung nicht Statt, wenn die Zeitbeſtimmung zu Gunſten des Legatars beigefügt iſt, l. 15. D. de

ann. leg. l. 114. §. 11. D. de leg. 1. Schweppe §. 894. In Anſehung der Münzſorten, in denen ein Legat zu präſtiren iſt, entſcheidet die Zeit der Teſtamentserrichtung, v. Hartitzſch n. CCLXXVIII.; vgl. Schmidt Abh. von den Münzſorten, in welchen eine Geldſchuld zu bezahlen; §. 312. Kind. I. qu. 53.

c) Nur wenn das Legat in natura nicht präſtirt werden kann, iſt aestimatio oder id quod interest zu gewähren, wenn nicht etwa ein Fall vorhanden iſt, in welchem die Unmöglichkeit der Leiſtung den Onerirten gänzlich befreit; vgl. l. 51. 71. §. 3. 4. D. de leg. 1. l. 11. §. 17. 25. D. de leg. 3. Schweppe §. 899. not. 4.

d) l. 47. pr. l. 1. D. de leg. 1. l. 1. D. de ann. leg. l. 38. D. de jud. Doch kann der Teſtirer ſelbſt den locus solutionis beſtimmen, d. l. 11. l. 50. D. de jud.

e) Schweppe §. 899. Roßhirt a. a. O. §. 5. Hierher gehört auch der Fall, wenn eine quantitas, die an einem gewiſſen Ort ſich befindet, legirt worden iſt. Nach d. l. 47. pr. muß die Sache da präſtirt werden, wo ſie ſich befindet. Daſſelbe ſagt die angef. l. 38. allein mit der anderweiten Beſtimmung, daß eine auf Gewährung des Legats gerichtete Realklage in loco rei sitae angeſtellt werden müſſe. Die Nothwendigkeit in loco rei sitae zu klagen, iſt jedoch auf den Fall, wenn res immobilis den Gegenſtand des Legats bildet, beſchränkt; denn bei beweglichen Sachen kann der Legatar auch vor einem andern competenten Forum ad exhibendum klagen, was die Folge hat, daß die Sache zwar an dem Ort der angeſtellten Klage exhibirt, jedoch dahin auf Koſten des Klägers gebracht wird; l. 11. §. 1. D. ad exhib.; vgl. Einert. de act. ad exhib. §. 15. S. 45. sqq. Was außerdem d. l. 50. in Beziehung auf Fideicommiſſe ſagt, daß ſie da zu präſtiren ſeyen, ubi maxima pars hereditatis sita est, das iſt, wenn nicht auf fideicommissa universalia zu beſchränken, doch nicht auf den Fall auszudehnen, wenn eine einzelne Sache per fideicommissum hinterlaſſen worden iſt, l. 52. §. 3. D. de jud. l. 5. §. 3. D. ut leg. nom. cav. Befindet ſich übrigens die legirte Sache dolo onerati an einem andern Ort, als dem, an welchem die Ausantwortung geſchehen konnte, ſo iſt der Erbe dafür verantwortlich. Alles dies iſt freilich zunächſt nur für den Fall ausgeſagt, wenn der Erbe onerirt iſt, hier aber ohne Unterſchied, ob res propria testatoris oder aliena legirt worden iſt. Auf andre Onerirte wird es nur mit Modificationen angewendet werden können, namentlich dann, wenn die Rede iſt von einer Sache, die der Onerirte aus der Verlaſſenſchaft zu empfangen hat.

f) In dem Fall, wenn res propria testatoris vorliegt, folgt dies ſchon aus dem Eigenthumsrecht, welches auf den Legatar ipso jure übergeht, l. 80. D. de leg. 2. j. l. 1. C. comm. de leg. Hier

iſt dem Onerirten die Veräußerung ausdrücklich unterſagt, l. 3. §. 2. C. comm. de leg.; vgl. auch l. 81. pr. l. 100. 112. §. 1. D. de leg. 1. l. 15. D. de reb. dub. Schweppe §. 903. Nicht daſſelbe gilt, wenn die Einkünfte eines Grundſtücks legirt worden ſind, denn hier konnte wenigſtens nach röm. Recht der Legatar die Veräußerung nicht hindern, l. 120. pr. D. de leg. 1. l. 88. §. 14. D. de leg. 2.; vgl. auch §. 761. 769. Iſt von einer Sache des Onerirten die Rede, ſo iſt nach Agnition des letzten Willens ein Recht, die Veräußerung zu verhindern, anzunehmen. In wie weit dem mit einem Fideicommiß Onerirten, welches nach ſeinem Tode reſtituirt werden ſoll, wenigſtens theilweiſe ein Veräußerungsrecht zuſtehe, davon handelt N. XXXIX. pr. cap. 1. Auth. res quae etc. C. comm. de leg.; vgl. §. 800. 801.

g) Es wird hiebei auf tempus mortis geſehen. Leyser. sp. 382. m. 5. Roßhirt S. 484. Ueber Acceſſionen eines Grundſtücks, zu welchem eigentliche Pertinenzen, ferner das, was durch natürliche Ereigniſſe, oder den Willen des Teſtirers verbunden worden iſt, gehören, vgl. §. 19. I. de legat. l. 8. 24. §. 2. D. de leg. 1. l. 10. 39. §. 2. D. de leg. 2. (area legata debetur aedificium a testatore impositum), Overbeck X. 513. l. 16. 91. §. 4. 5. 6. l. 93. §. 4. D. de leg. 3. Ueber Servituten l. 84. §. 4. l. 116. §. 4. D. de leg. 1.; vgl. Schweppe §. 897. S. 300. Ueber Documente, welche auf das Grundſtück ſich beziehen, l. 24. C. de legat. Daß bei dem ususfr. fundi legatus der Erbe den Zugang zu dem fundus dem Legatar verſchaffen müſſe, l. 44. §. 9. D. de leg. 1. Ueber Acceſſionen bei Mobilien vgl. §. 17. 18. I. de leg. l. 52. §. 7. 8. 9. l. 100. §. 3. D. de leg. 3.; in specie bei einer universitas rerum, §. 17. 20. I. de leg. l. 21. 22. D. de leg. 1. und tit. D. de pecul. leg.

h) Ueber das gemeine Recht vgl. l. 3. pr. l. 34. 43. D. de usur. l. 27. 39. §. 1. D. de leg. 1. l. 78. §. 2. D. de leg. 2. l. 26. D. de leg. 3. l. 1. 2. 3. 4. C. de usus fruct. leg. und zu dem letztern Geſetz ein progr. von Walch in deſſen opusc. III. S. 478. A. Faber. err. pragm. dec. XI. err. 2. 3. Leyser. sp. 382. Müller. ad L. obs. 598. Overbeck Med. VI. 327. Schweppe §. 899. Roßhirt S. 479. 488. Hiernach werden Zinſen und Früchte ex mora; Früchte aber auch als Acceſſionen der legirten Sache, l. 44. D. de R. V. gewährt. Das ältere ſächſ. Recht iſt, was fructus betrifft, enthalten in c. 13. p. 3., über welche zu vergleichen Carpzov und Moller. Das neuere Recht enthält dec. 12. v. J. 1746., über welche zu vergleichen Berger. E. D. I. tit. XLV. Bauer Erl. der fr. Dec. und Gottſchalk analect. jur. Sax. c. 3. p. 68.; ingl. disc. I. 32. p. 331. Da der 30ſte Tag in dem ſächſ. Recht als ein Zeitpunct gilt, bis zu welchem der Erblaſſer noch als lebend angenommen wird (§. 913.),

ſo iſt es eben ſo gut, als ob durch die Deciſion dem Legatar die Nutzungen von Zeit des Todes zuerkannt worden wären; Bauer a. a. O. §. 7. Dagegen iſt durch die Deciſ. in Anſehung des dies cedens et veniens legati nichts geändert; Bauer a. a. O. §. 6. Daß die Deciſ. auch auf fideicommissa particularia anzuwenden ſey, wenn gleich in derſelben nur von dem legatarius die Rede iſt, kann bei der in dem Juſtinian. Recht ausgeſprochenen Gleichſtellung der Legate und Particularfideicommiſſe kaum bezweifelt werden. Wohl aber läßt ſich zweifeln, daß, wie Bauer a. a. O. §. 10. annimmt, die Deciſ. auch auf Univerſalfideicommiſſe anzuwenden ſey. Angewendet wird die decis. 12. auch auf den Fall, wenn einem Miterben auf ſein Erbtheil ein in dem Nachlaß befindliches Grundſtück beſchieden worden war; vgl. J. W. III. 60. Die const. 13. bezieht ſich nur auf Legate, deren Gegenſtand eine zu dem Nachlaß gehörige Sache iſt; a. verb. weil ſie bei des Verſtorbenen Lebzeiten durch ihn verdient 2c. Die Deciſion kann allerdings auch von dem Fall verſtanden werden, wenn res heredis legirt worden iſt, wiewohl ſchwerlich anzunehmen iſt, daß ihre Beſtimmung über den gewöhnlichen Fall, wenn res testatoris legirt worden iſt, hinaus ſich erſtreckt habe; allein auf den Fall, wenn res tertii den Gegenſtand des Legats bildet, ſcheint ſie nach den Worten: nach Ablauf des 30. Tages erhobene Nutzungen zu erſtatten 2c., nicht anwendbar. Beide Geſetze ſprechen übrigens nur von dem Erben im Gegenſatz des Legatars, nicht von andern Onerirten. Darf man daraus ſchließen, daß die Beſtimmungen derſelben nicht anwendbar ſeyen auf den Fall, wenn ein Andrer als der Erbe onerirt worden iſt? Was die Nutzungen der legirten Sache anlangt, ſo möchte dieſe Frage zu verneinen ſeyn. Beide Geſetze und am deutlichſten c. 13. ſprechen ſich dahin aus, daß der Erbe auf Nutzungen post tricesimum keinen Anſpruch zu machen habe, dergleichen Nutzungen nicht in das Erbe gehören. Der Erbe kann mithin dergleichen Nutzungen auf keinen Fall lucriren; und die Frage könnte demnächſt nur die ſeyn, ob dem erſten oder dem zweiten Legatar die fructus gebühren? Im Geiſt der Deciſion ſcheinen ſie dem letztern zugebilligt werden zu müſſen. Dieſer wird ſie entweder von ſeinem oneratus, wenn derſelbe die fructus post tricesimum von dem Erben bereits erhoben hat, oder von dem Erben ſelbſt, wenn dies nicht der Fall ſeyn ſollte, fordern können, a. l. 70. pr. D. de leg. 2. l. 8. 11. D. de leg. 3. Daſſelbe gilt in Anſehung der Zinſen eines legirten Capitals, wenn dies Capital einen Theil einer dem oneratus ausgeſetzten Summe bildet. Außerdem müßte die Zahlung, welche dem oneratus auferlegt worden iſt, als ein Legat angeſehen werden, deſſen Gegenſtand res heredis iſt. Nimmt man an, daß die Deciſion auf ſolche Legate ſich gar nicht beziehe; ſo könnte natürlich

nur das gemeine Recht in Anwendung kommen. Der Umſtand dagegen, daß der oneratus nicht eher das von ihm hinterlaſſene Legat zu zahlen braucht, als bis er den ihm beſchiedenen Vortheil empfangen hat, würde allein im Geiſt der Deciſion ihn nicht von der Verpflichtung, Zinſen zu zahlen, befreien. Denn nach der Deciſion kommt nichts darauf an, ob mora vorhanden iſt. Was den onerirten Erben betrifft, ſo ſteht der Umſtand, daß derſelbe am 30ſten nicht in Beſitz der Erbſchaft oder der legirten Sache geweſen iſt, dem Anſpruch des Legatars auf Zinſen eben ſo wenig entgegen, als dies nach Obigem der Fall iſt, wenn ein anderer oneratus noch nicht im Beſitz des ihm beſchiedenen Vortheils ſich befunden. Doch ſcheint auch hier wie dort der Erbe, dem die gezogenen Nutzungen von dem unrechtmäßigen Detentor nicht reſtituirt worden ſind, durch Ceſſion der Klage gegen letzteren befreit zu werden. Uebrigens befreit den onerirten Erben auch ein cum beneficio inventarii erfolgter Erbſchaftsantritt nicht von Entrichtung der Zinſen, wenn anders der Nachlaß als zureichend befunden wird.

i) decis. laud. Wenn der Aufenthalt des Legatars unbekannt iſt, oder derſelbe die Annahme des Legats verweigert, oder über den Anſpruch auf das Legat, welchen ein beſtimmtes Individuum auf daſſelbe machte, Streit obwaltet, ſo kann ſich der Erbe nach dem 30ſten Tage von fernerer Verzinſung durch gerichtliche Depoſition, Verſiegelung des Geldes, in dem letztern Fall auch durch Auszahlung gegen Caution befreien, Bauer a. a. O. §. 15. l. 8. §. 3. 4. D. de leg. 2. l. 2. C. de usur. leg. — Dies wenigſtens nach gem. Recht, welchem auch die ſächſiſche Praxis beiſtimmt, da depositio und obsignatio loco solutionis iſt. In wiefern unbekannt Legatarien durch Edictalcitation aufgefordert werden können, darüber vgl. §. 749. not. f. S. 248. — Nach der Deciſion kommt übrigens der §. 416. erwähnte Grundſatz, welchen das ſächſ. Recht in Anſehung der fructus industriales aufſtellt, nicht in Anwendung. Dies nahm ſchon c. 13. p. III. an, obgleich in den Conſultat. verſchiedene Anſichten ſich finden; vgl. tom. I. p. 2. qu. 22. fol. 111 b. tom. II. p. 2. qu. 24. p. 65. Dergleichen fructus gebühren alſo dem Legatar, dafern ſie nicht vor dem 30ſten Tage abgebracht und eingefordert worden ſind; ohne daß der Legatar zu Erſtattung der Beſtellungskoſten gehalten iſt, Bauer §. 12. — Uebrigens kann hierbei die Frage aufgeworfen werden, in welchem Verhältniß dec. 12. zu der gleichzeitig publicirten dec. 2. (vgl. §. 471.) ſtehe; ob der in letzterer vorgeſchriebene modus zu Ermittelung des fructus auch auf den Fall der dec. 12. dann anzuwenden ſey, wenn die Gewährung des Legats nicht vor Ablauf des Jahres erfolgt iſt. Beide Geſetze ſprechen allerdings von Erſtattung erhobener Nutzungen. Deſſen ungeachtet ſcheint es bedenklich die dec. 2. auch hier in Anwendung zu bringen, weil bei derſelben auch fru-

ctus percipiendi in Anſchlag gebracht werden, was nach dec. 12. wohl nicht zu rechtfertigen ſeyn dürfte.

§. 783.

Doch leidet die Beſtimmung in Anſehung der Nutzungen und Zinſen eine Ausnahme: 1) wenn der Teſtirer ausdrücklich ein Anderes verordnet hat[a]); 2) im legato generis und optionis, weil in dieſem Falle das Vermächtniß erſt durch die Wahl des Legatars ſeine Beſtimmung erhält, mithin derſelbe auch erſt von dieſer Zeit an ein Recht auf die Nutzungen haben kann[b]); 3) wenn eine universitas facti, z. B. eine Heerde Vieh, vermacht worden[c]); 4) wenn das Vermächtniß unter Beifügung einer affirmativen Bedingung hinterlaſſen worden iſt, weil ſolchenfalls der Legatar auf das Vermächtniß eher nicht, als bis die Bedingung in Erfüllung geht (§. 778.), mithin auch nicht eher auf die Nutzungen ein Recht haben kann[d]); da hingegen, wenn das Vermächtniß unter einer negativen Bedingung ausgeſetzt iſt, der Legatar daſſelbe gegen Sicherheitsbeſtellung (cautio Muciana, ſ. oben §. 689.)[e]), mithin auch die Nutzungen deſſelben in der gedachten Maaße zu verlangen berechtigt iſt[f]).

a) z. B. wenn er verordnet, daß der Legatar auch die zur Zeit ſeines Ablebens ſtehenden, oder von dieſer Zeit an erhobenen Früchte und Nutzungen erhalten ſolle, oder im Gegentheil, daß dem Erben die Nutzungen bis auf gewiſſe Zeit verbleiben ſollen ꝛc.; ſ. Leyſer Sp. 362. m. 2. Bauer a. a. O. §. 8. 11. Es leidet aber auch keinen Zweifel, daß der Teſtirer den Onerirten von der Verpflichtung Zinſen zu bezahlen oder Nutzungen zu erſtatten gänzlich befreien kann. Bauer §. 11.

b) Bauer a. a. O. Die hier vorgetragene Anſicht kann nur in dem Fall des leg. generis als richtig gelten, wenn in dem Nachlaß ſelbſt keine zu dem in Frage ſtehenden genus gehörige species ſich findet. In allen übrigen Fällen kommt es arg. der Worte der decis. von dem *legato* keine Nachricht gehabt ꝛc. gar nicht darauf an, ob das Legat quoad speciem beſtimmt ſey oder nicht; am allerwenigſten dann, wenn nicht der Legatar, ſondern der Erbe die Wahl hatte.

c) Da nämlich eine ſolche universitas durch den Abgang oder Zutritt einzelner Stücke nicht verändert, ſondern immer als ein Ganzes betrachtet wird (§. 420.), ſo müſſen auch die binnen der 30 Tage nach des Teſtirers Tode hinzukommenden Zuwüchſe, da ſolche von

dem Augenblicke ihrer Exiſtenz an Beſtandtheile der vermachten universitas ſelbſt werden, dem Legatar zukommen; cf. l. 39. D. de usur. et fructib. Bauer a. a. O. §. 8.

d) Auch iſt ſolchenfalls der Erbe nicht verbunden, dem Legatar, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, die bis dahin erhobenen Nutzungen zu erſtatten; da der oben bemerkte Grundſatz (§. 690.), vermöge deſſen eine bedingte Erbeinſetzung bei der Exiſtenz der Bedingung für unbedingt geachtet wird, nicht auf Vermächtniſſe erſtreckt werden kann, l. 14. in f. D. quando dies legat. Bauer a. a. O. §. 11. — Auch dieſe Anſicht ſcheint unrichtig. Daß nicht bloß bei der Erbeinſetzung die Erfüllung der Bedingung effectum retrotractivum habe, beweiſen l. 8. pr. D. de peric. et comm. r. vend. l. 11. §. 1. D. qui pot. imp. l. 16. D. de solut., und was Legate betrifft, l. 105. D. de C. et D. Daraus, und weil auf mora des Onerirten nichts ankommt, ſcheint zu folgen, daß die Deciſion auch auf bedingte Legate Anwendung leide.

e) l. 7. §. 1. l. 18. D. de cond. et domonstr.

f) Bauer a. a. O. §. 13.

§. 784.

Außerdem iſt zu bemerken, daß der Erbe, auch noch ehe er zur Abführung des Vermächtniſſes verbunden iſt, dennoch für den Schaden, welchen die vermachte Sache nicht nur durch deſſen grobe Fahrläſſigkeit, ſondern auch ſelbſt durch ein mäßiges Verſehen (culpa levi) erlitten hat, dem Legatar verantwortlich ſey[a]). Hingegen iſt er von der Zeit an, da ihm die Entrichtung des Vermächtniſſes ſelbſt obliegt (ex quo dies legati venit), auch den durch die geringſte Unachtſamkeit (culpa levissima) zugezogenen Schaden zu erſetzen ſchuldig[b]). Dagegen haftet der Erbe nicht für Fehler der legirten Sache[c]) und in der Regel eben ſo wenig für die Eviction[d]).

a) l. 47. §. 4. l. 53. §. 5. 6. 7. l. 108. §. 12. l. 114. §. 19. D. de leg. 1. l. 66. §. 2. D. de leg. 2. l. 22. §. 3. D. ad SCt. Treb. l. 30. §. 4. D. ad l. Falcid. §. 16. I. de leg. Haſſe die Culpa des r. Rechts §. 48. 95. S. 497. Elvers doctr. juris rom. de culpa c. 3. §. 2. S. 44. Schweppe §. 899. S. 306. Roßhirt I. 44. §. 6. Nach l. 32. §. 5. D. de leg. 2. ſcheint der oneratus nicht einmal für culpa levis zu haften.

b) ibid. §. 5. Berger Oec. II. IV. 29. 9. Daß in dieſem Fall etwas Anderes gelte, als in dem Fall eines ante diem venientem zugefügten Schadens iſt durch nichts bewieſen. Ueberhaupt fällt die

ganze Unterſcheidung ſchon dann weg, wenn man annimmt, daß es eine culpa levissima als dritten Grad der culpa gar nicht gebe; vgl. Handb. §. 1164 b. not. b. Dagegen lehrt l. 108. §. 12. D. de leg. 1., daß ein oneratus, der das ihm Vermachte reſtituiren muß, ohne ſelbſt einen Vortheil zu erhalten, nur dolum gewährt. Den Zufall trägt bei einer species legata der Onerirte in der Regel nicht, §. 16. I. de leg. l. 26. §. 1. l. 47. §. 6. D. de leg. 1. l. 32. §. 5. D. de leg. 2. l. 30. §. 4. D. ad l. Falcid.; außer wenn er in mora iſt, l. 39. §. 1. l. 47. §. 6. l. 108. §. 11. D. de leg. 1. l. 6. D. de usu et usufr. leg. Majans. de periculo rei legatae; in deſſen diss. II. 23. Schweppe §. 899. not. e. Nach Juſtin. Recht konnte fortgeſetzte mora des Erben in Abentrichtung der Legate Verluſt des Erbrechts nach ſich ziehen, das nun in gewiſſer Ordnung auf die Subſtituten, den coheres, die Inteſtaterben, auch ſogar auf die Legatare cum onere überging. N. 1. c. l. 4. Auth. hoc amplius C. de fideic. Dieſen Beſtimmungen kann jedoch wenigſtens nach neuerm ſächſ. Recht keine weitere Gültigkeit zugeſtanden werden, Erbg. §. 105. Ueber Folgen der mora bei einem legat. ad piam caussam vgl. §. 752. not. e.

c) l. 45. §. 1. 2. l. 56. de leg. 1. l. 65. §. 1. D. de usufr. Weſtphal Vermächtn. §. 806. ff. Schweppe §. 897. 899. Doch kann auch hier der Onerirte ob dolum verbindlich werden, l. 110. D. de leg. 1.

d) vgl. oben §. 754. not. e., ingl. III. §. 1287. not. l. Schweppe §. 899. Roßhirt a. a. O. §. 7. Ausnahme gilt 1) bei dem leg. generis; vgl. §. 767.; 2) bei einem Legat, das nahen Verwandten hinterlaſſen worden iſt, l. 10. C. de legat. Ueber evictio bei der divisio paterna vgl. §. 746. not. e. Daß auch, wenn eine auf den Pflichttheil angewieſene Sache vindicirt wird, deshalb Gewähr geleiſtet werden müſſe, l. 36. pr. C. de inoff. test.

§. 785.

Dem Legatar ſtehen von der Zeit an, da der Erbe zur Abführung des Vermächtniſſes verbunden iſt, folgende Klagen [a]) zu: 1) die Eigenthumsklage (rei vind.) [b]), welche ſowohl gegen den Erben ſelbſt, als gegen den dritten Beſitzer der vermachten Sache angeſtellt werden kann, vorausgeſetzt nur, daß der Teſtirer eine ihm eigenthümlich zugehörige Sache vermacht hat [c]); 2) die hypothekariſche Klage, welche aber nach ſächſ. Recht nur dann Statt findet, wenn der Legatar ſich in des Erblaſſers unbeweglichen Gütern eine gerichtliche Hypothek beſtellen laſſen (§. 781.); 3) die perſönliche Klage aus dem Teſtamente [d]), wobei wir bemer-

ken, daß, wenn der Legatar in continenti beibringen kann, daß der Erbe die Erbſchaft wirklich angetreten habe, an=dergeſtalt aber nicht, auch exsecutive aus dem Teſta=mente geklagt werden könne [e]).

a) Leyser. sp. 381. Geſterding Ausbeute der Nachforſch. über verſchiedene Rechtsmat. III. 7. m. 1. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IX. 9. S. 247. Schweppe §. 901. 902. Roßhirt I. 4. 4. §. 8. Daß dieſelben Rechtsmittel auch in dem Fall der m. c. donatio gelten, ſ. Breuning. an jure prodita sit actio ad petend. m. c. don. L. 1770. Schweppe §. 948., obwohl, was das jus vindicandi anlangt, anderer Meinung iſt v. Schröder in Linde's Zeitſchr. II. 4. S. 117.; vgl. Mühlenbruch §. 763. n. 11. Zu den im §. aufgeführten Rechtsmitteln kommt in Anſehung der praelegata noch actio familiae erciscundae; vgl. §. 749. not. d.

b) l. 80. D. de legat. 2. l. 64. in f. D. de furtis; vgl. J. F. Schneider. de dom. rei leg. ipso jure transeunte. Hal. 1720. Marezoll, Roßhirt a. a. O. S. 286. Gottſchalk disc. III. 9. S. 135. A. M. iſt jedoch, was das leg. quantitatis be=trifft, Marezoll a. a. O. S. 287., welcher bei dieſem, ſo wie bei dem leg. generis, die vindicatio zuläßt, ſobald die quantitas quoad speciem beſtimmt, oder eine in dem Nachlaß vorhandene species des legirten generis ausgezeichnet worden iſt. Ueber die Möglichkeit der act. Publiciana in dieſem Verhältniß ſ. l. 2. D. de publ. in rem act. Breuning. diss. an legatar. speciem legat. Publ. act. petere possit. L. 1780. Es fragt ſich, ob dies in Sachſen in Anſehung der Immobilien, inſofern bei dieſen nach älterm Recht zu Uebertragung des Eigenthums gerichtliche Beleh=nung erfordert ward, nicht eine Aenderung erleide; vgl. §. 540. und dazu not. d. Daß dies nicht der Fall ſey, hat beſonders Richter in der l. l. angef. diss., freilich aus nicht eben ſehr über=zeugenden Gründen, auszuführen geſucht. So viel iſt gewiß, daß die altdeutſche Inveſtitur bei Uebertragung von Immobilien nur in dem Fall, wenn die juriſtiſche Gewähr als bei dem bisherigen Eigen=thümer zurückbleibend gedacht werden konnte, alſo zunächſt bloß bei Veräußerungen inter vivos vorkam, Mittermaier D. P R. §. 144.; daß das gem. Recht durch die E. P. O. XLV. 4. keine Aenderung gelitten, und dec. 1. v. J. 1746., eben ſo wenig als dec. 61. v. J. 1661. die obige Frage berückſichtigt hat; daß end=lich der Meinung von Richter auch Schaumburg ſächſ. Recht III. sect. 1. ex. 10. §. 25. und Reinhardt Ordn. der Gläu=biger §. 8. beipflichten. Eine andere Frage iſt, ob der, dem von einem Legatar oder Fideicommiſſar etwas vermacht worden iſt, die rei vindicatio habe? Roßhirt a. a. O. S. 508. verneint dies.

Eben ſo Marezoll a. a. O. S. 285. Inzwiſchen iſt zu bemerken, daß nach den ſcharfſinnigen Erörterungen des zuletztgenannten Rechtslehrers die actio in rem, von welcher in der l. 1. C. comm. de leg. die Rede iſt, nicht die eigentliche directe rei vindicatio, welche auf das unmittelbar übergegangene Eigenthum der legirten species ſich gründet, ſondern eine ſogenannte utilis vindicatio ſeyn ſoll, welche in Fällen, in denen überhaupt vindicatio möglich iſt und die Abſicht, des Teſtirers Eigenthum zu übertragen, vorliegt, allen Legatarien gegen jeden oneratus, ohne Unterſchied, ob die legirte Sache res testatoris oder des Onerirten iſt, zuſtehen ſoll, damit dem Vermächtnißnehmer vollſtändige Sicherheit gegen Veräußerungen, welche der Onerirte zu Hinterziehung des Legats ſich erlauben möchte, gewährt würde. In Anſehung einer ſolchen Klage würde es auch nach älterm ſächſ. Recht keinem Zweifel unterliegen, daß ſie auch ohne Rückſicht auf erfolgte gerichtliche Belehnung angeſtellt werden könne. Sie würde auch durch die nach gem. Recht zuſtändige actio hypothecaria keinesweges überflüſſig, da dieſe letztere in der Regel nur bona hereditaria afficirt; nach Gesterding a. a. O. S. 207. ſogar nur in dem Fall, wenn quantitas legirt worden iſt, Statt hat. Dennoch läßt ſich gegen die Annahme einer ſolchen, von der eigentlichen vindicatio verſchiedenen in rem actio einwenden, daß nicht abzuſehen iſt, wozu es bei dem Daſeyn einer ſolchen Klage noch des l. 3. §. 2. C. comm. de leg., gegen den Onerirten ausgeſprochenen Veräußerungsverbots bedurfte?

c) Folglich finden ſie beim legato rei alienae ſo wenig, wie beim legato quantitatis Statt. Berger Oec. jur. II. IV. 29. 1. Lauterbach coll. theor. pr. L. 30. §. 44. seqq.

d) §. 5. I. de obl., quae quasi ex contr. nasc. l. 69. §. 5. l. 82. pr. D. de legat. 1. l. 29. §. 3. D. de legat. 3. Ob der nächſte Grund dieſer Klage der Erbſchaftsantritt oder der letzte Wille; ob die in dem neuern Recht vorkommende Klage die alte act. pers. ex test. oder eine neue aus der ehemaligen persecutio fideicommissorum gebildete ſey? kann uns gleichgültig ſeyn; vgl. darüber Schilling Bemerk. über röm. Rechtsgeſch. L. 1829. S. 241. Hugo civ. Magaz. VI. 17. Roßhirt a. a. O. S. 501. Marezoll a. a. O. S. 274. — Die h. z. T. gültige Klage ſteht jedem Vermächtnißnehmer gegen jeden Onerirten zu, l. un. §. 4. C. de cad. toll. l. 1. C. comm. de leg. Mehrere onerati haften im Allgemeinen nicht in solidum, ſondern jeder nur zu ſeinem Theil; l. 33. pr. l. 44. D. de leg. 2. und für eine Verpflichtung ex culpa ſteht bloß der ein, welcher durch ſein Verſchulden geſchadet hat, l. 48. §. 1. ib. Daß nach gem. Recht daſſelbe auch von der act. hypothecaria gelte, welche der Vermächtnißnehmer, vermöge des ihm zuſtändigen Unterpfandsrechts anſtellt, mithin der belangte Miterbe, um von dieſer Klage ſich zu befreien, nur ſeinen

Antheil zu bezahlen braucht, ſ. Geſterding a. a. O. gegen Glück XIX. §. 1088. S. 179. Es fragt ſich aber, ob, wenn die Rede von Entrichtung des Legats iſt, jeder einzelne partem virilem zu gewähren, oder nach Verhältniß der Erbportion beizutragen habe? Das Letztere iſt als Regel anzunehmen, namentlich bei onerirten Erben, welche überhaupt zu den auf die Erbſchaft gelegten Laſten nur nach Verhältniß ihres Erbtheils beitragen, l. 49. §. 4. D. de leg. 2. l. 42. D. de leg. 3. Das erkennt auch l. 17. D. de duob. reis ohne Einſchränkung an, wogegen l. 54. §. ult. l. 124. D. de leg. 1. in dem Fall, wenn die Contribuenten namentlich aufgeführt worden ſind, annimmt, daß jeder Kopftheile zu gewähren habe. Vgl. über dieſe widerſtreitenden Geſetze die verſchiedenen Anſichten der Rechtslehrer bei Püttmann. prob. II. 3. Schulting. et Smallenburg. ad d. l. 58. 124. (V. S. 212. 238.) ingl. ad d. l. 17. (VII. 1. S. 57.). Indeß kann ohne Zweifel der Teſtirer die mehrern Onerirten auch ſolidariſch verpflichten, l. 9. pr. D. de duob. reis; eine ſolche Verpflichtung wird in dem Fall der l. 107. pr. D. de leg. 1. angenommen; eben ſo, wenn dem Vermächtnißnehmer mehrere Erben als onerati alternative angewieſen worden ſind, l. 25. pr. D. de leg. 3. Außerdem gilt eine Ausnahme, wenn der Gegenſtand des Legats etwas Untheilbares iſt, wie, wenn ein factum oder ein Prädialſervitut den Gegenſtand des Legats bildet, l. 76. pr. D. de leg. 2. l. 11. §. 23. 24. D. de leg. 3. l. 80. §. 1. D. ad l. Falcid.; vgl. l. 72. 85. D. de V. O. und dazu Ribbentrop zu der Lehre v. Correaloblig. Göttingen 1831. §. 21. Eine species, welche den Gegenſtand des Legats bildet, iſt wenigſtens im juriſtiſchen Sinn theilbar; es kann daher jeder einzelne Onerirte nur auf Abtretung ſeines Antheils belangt, die Klage auf das solidum aber nur gegen Alle angeſtellt werden. Wäre die species nicht zu der Erbſchaft, ſondern dem einen Erben eigenthümlich gehörig, ſo iſt auch hier der Eigenthümer nur pro rata gehalten, l. 86. §. 3. D. de leg. 1. Ueber den Fall, wenn mehreren Erben die Wahl überlaſſen worden iſt, dies oder jenes als Legat zu präſtiren, iſt zu bemerken, daß immer das Eine oder das Andere ganz präſtirt werden muß, l. 15. D. de leg. 2. — Alle dieſe Grundſätze ſind auch anwendbar auf den Fall, wenn nicht Erben, ſondern Singularſucceſſoren onerirt ſind. Dieſe ſollen nach Roßhirt S. 239. wie mehrere Mitſchuldner immer nur zu gleichen Raten gehalten ſeyn; ein Satz, der, wenn unter gleichen Raten etwas Anderes als Kopftheile verſtanden wird, noch ſehr zweifelhaft erſcheint. — So wie mehrere onerati nicht in solidum haften, ſo ſind auch in der Regel, wenn ein theilbarer Gegenſtand des Legats und nicht etwa ein ſogenanntes Correalrecht vorliegt, mehrere honorati nicht in solidum, ſondern jeder nur zu ſeinem Antheil berechtigt; Roßhirt a. a. O.

§. 4. S. 248.; vgl. l. 11. §. 20. 21. D. de leg. 3. Ueber den Fall, wenn mehrere alternative zu einem Legat berufen worden ſind, l. 16. D. de leg. 2. j. l. 4. C. de verb. et rer. signif.

e) Berger Oec. II. IV. 29. 10. Elect. proc. ex. th. 10. Stryck. us. mod. XXX. §. 46. Leyſer Sp. 381. m. 2. 3. Müller. ad L. obs. 595. J. A. Fischer. pr. de process. exec. Viteb. 1784. Kind quaest. for. T. I. c. 56. (51. ed. 2.). Anderer Meinung iſt J. G. Bauer Pr. de processu exequutivo ob caussam legati non admittendo; in Opusc. T. I. p. 447. seqq. Hommel. obs. 4. C. G. Einert. diss. pro legato consequendo executive c. hered. agi non posse. L. 1772. Biener. qu. 58. L. 1817. in opusc. p. 256. v. Hartitzſch n. CCXLIX. Eine andere Frage iſt, ob dem Legatar auch poſſeſſoriſche Rechtsmittel, namentlich remed. ex. l. ult. C. de ed. d. Hadr. toll. (§. 947.) zuſtehen? vgl. Stryck. l. l. §. 47. Leyser. l. l. §. 4—8. Berger. S. E. D. F. V. Q., welche dieſe Frage bejahen; dagegen Overbeck Med. IX. 485. Müller ad L. obs. 596. 597. Schweppe §. 901.

§. 786.

B) Rechte des Onerirten kommen nur unter Dazwiſchenkunft gewiſſer beſonderer Vorausſetzungen oder bei manchen Arten der Legate in Betracht. Es gehört dahin 1) das Recht Verminderung des Legats zu fordern; 2) das Recht Erklärung des Legatars über Annahme oder Nichtannahme des Legats zu verlangen [a]); 3) das Recht Erfüllung einer von dem Teſtirer mit dem Legat verbundenen Vorſchrift zu fordern [b]); 4) wenn der Gegenſtand des Legats eine Sache iſt, ſo ſteht dem Onerirten auch ein Recht zu, Erſtattung des in Bezug auf die Sache gemachten nothwendigen Aufwands zu verlangen [c]). Die Rechtsmittel, welche dem Onerirten in dieſer Beziehung zukommen, ſind Retention [d]), welche indeß durch Sicherheitsbeſtellung von Seiten des Honorirten beſeitigt werden kann [e]), und unter gewiſſen Umſtänden eine auf Rückforderung des geleiſteten abzweckende Condiction [f]). Indeſſen iſt der Legatar keinesweges befugt, eigenmächtiger Weiſe in den Beſitz der vermachten Sache ſich zu ſetzen; und wenn dies gleichwohl geſchehen iſt, hat namentlich der Erbe das Recht die Räumung des Beſitzes durch das interdictum quod legatorum zu verlangen [g]). — Am wichtigſten iſt aber das oben sub 1.

erwähnte Befugniß. Oefters tritt nämlich der Fall ein, daß der Legatar zu Gunſten des Onerirten eine Verkürzung des ihm beſchiedenen Vermächtniſſes ſich gefallen laſſen muß. Im Allgemeinen gilt hier die Regel: nemo plus est onerandus quam est honoratus. Allein auch abgeſehen von dieſer Regel kann Verminderung des Legats Statt finden [h]). Namentlich treten zu Gunſten des onerirten Erben, in Gemäßheit der Vorſchrift der lex Falcidia, beſondere Beſtimmungen ein. Hat nämlich der Teſtirer die Erbſchaft dergeſtalt mit Vermächtniſſen beſchwert, daß der Erbe nicht einmal den vierten Theil des Nachlaſſes übrig behält, ſo iſt derſelbe berechtigt, von den hinterlaſſenen Legaten ſoviel abzuziehen, als an dieſem vierten Theile mangelt [i]). Dieſer vierte Theil der Erbſchaft, inſofern er durch verhältnißmäßige Abzüge hergeſtellt wird, heißt das falcidiſche Viertheil, Quarta Falcidia [k]).

a) Dies insbeſondere in den Fällen, in welchen dem Legatar ein Dritter ſubſtituirt worden iſt. Im Allgemeinen iſt es freilich hinreichend, dem Legatar zur Verfallzeit das Legat anzubieten und bei verweigerter Annahme nach Befinden Depoſition oder Sequeſtration zu ſuchen; vgl. §. 782. not. i. In Fällen, in denen dem Legatar ein Wahlrecht zuſteht, hat der Onerirte auf das Recht von dem Honorirten Erklärung über die Wahl zu fordern; vgl. §. 766. not. h.

b) ſ. oben §. 777.

c) Nach gemeinem Recht wird der regelmäßig nothwendige Aufwand nicht vergütet, l. 61. D. de leg. 1.; vgl. über dieſe Stelle Weſtphal Verm. §. 843. und die daſ. angef. Roßhirt S. 483. Die Abgaben, welche von der legirten Sache zu entrichten ſind, hat der Erbe zu bezahlen, l. 39. §. 5. D. de leg. 1., obwohl er nach l. 5. §. 1. D. de censibus ſolche von dem Legatar wieder fordern kann. Der Aufwand, welcher außerordentlicher Weiſe für die legirte Sache zu machen geweſen iſt, ſoll dagegen vergütet werden, l. 58. 59. D. de leg. 1. Wohin aber wiederum nicht gerechnet wird der Aufwand, welcher zur Herbeiſchaffung der Sache an den Ort der Ablieferung derſelben gemacht worden iſt, l. 39. pr. l. 108. pr. D. de leg. 1. l. 8. pr. D. de leg. 2.; vgl. §. 782. not. d. Ueber das, was zur Abfindung eines Pfandgläubigers gezahlt worden iſt, l. 89. §. 4. D. de leg. 2. Als Grund, weshalb der Onerirte Reſtitution des nothwendigen Aufwands in der Regel nicht fordern könne, wird angeführt, daß derſelbe bis zu der Zeit, zu welcher er die legirte Sache abzuliefern hat, die Früchte zu ziehen habe. Wie

nun aber, wenn keine Früchte zu ziehen oder dieſe dem Legatar ausdrücklich zugeſprochen ſind? Conſequenter Weiſe muß man hier annehmen, daß von dem Legatar Erſtattung des erforderlichen Aufwands gefordert werden könne. Meliorationen ſollen dagegen sec. arbitrium boni viri vergütet werden, inſofern der Onerirte davon nicht bereits Nutzen gezogen hat; was jedoch auf den Fall zu beſchränken ſeyn dürfte, wenn der oneratus nicht zur ſofortigen Zahlung verpflichtet war; vgl. Schweppe §. 904. Roßhirt S. 483. In Sachſen würde nach der decis. 12. v. J. 1746. der 30ſte Tag a morte testatoris den Normaltag bilden, von welchem an der Legatar zur Erſtattung des nothwendigen, für die legirte Sache gemachten Aufwandes gehalten iſt. Daß die früher aufgewendeten Beſtellungskoſten nicht vergütet werden, ſ. §. 782. not. k. Was die von dem Legat ſelbſt zu entrichtenden Abgaben, wie Stempel- und ähnliche Gebühren, betrifft, ſo trägt ſolche der Legatar; Böhmer Rechtsf. III. 212. In Sachſen muß aber der Erbe ſolche von den Legataren fordern und dafür einſtehen. Stempelgeſ. v. 11. Jan. 1819. voc. Erbſchaften GS. S. 61.

d) vgl. §. 791. l. 60. D. de leg. 1. d. l. 89. §. 4. D. de leg. 2.

e) vgl. §. 777. not. c. §. 791. Schweppe §. 904. S. 319. Roßhirt §. 10. S. 520.

f) vgl. §. 777. not. c. d. §. 791.

g) tit. D. quod legatar. A. Faber. err. pragm. XV. 6. Stryck. us. mod. XXX. §. 48. XLIII. 3. Carpzov. p. III. c. 13. def. 30. 31. Claproth Einl. in ſämmtliche ſummariſche Proceſſe §. 200. ff. Weſtphal von Vermächtn. §. 1105—1131. Schweppe §. 904. S. 317. Roßhirt a. a. O. §. 10. S. 519. Dies interdict. adipiscendae possessionis (l. 1. §. 1. h.) ſteht nur dem onerirten Erben zu; wenigſtens wird es auf andere Onerirte nicht ausdrücklich bezogen, denn die caeteri successores, von denen l. 1. §. 3. h. die Rede iſt, ſind ſolche, qui caussam ab herede habent. Daß es gleichgültig ſey, ob die eigenmächtige occupatio vor oder nach dem Erbſchaftsantritt Statt gefunden habe, zeigt gegen Thibaut Pand. §. 895. Overbeck I. Med. 27. Zimmern im Arch. f. civ. Pr. VIII. 7. n. 3. Es geht gegen jeden Beſitzer und auch gegen den qui dolo possidere desiit, l. 1. §. 7. 10. 13. h., ob auch gegen den qui ex donatione mortis caussa beſitzt, iſt wegen l. 1. §. 5. h. beſtritten; vgl. Stryck l. l. XLIII. §. 3. Overbeck Med. l. 27. Zu richten iſt daſſelbe auf Reſtitution der entwährten Sache oder Leiſtung des Intereſſes, l. 1. §. 2. l. 2. §. 2. h. Doch kann der Legatar, ehe er die Reſtitution bewirkt, Caution von dem Kläger verlangen, l. 1. §. 16. l. 2. §. 3. h. Daß es wegfalle, wenn der Legatar von dem Teſtirer zu der Beſitzergreifung ermächtigt worden iſt, wie Stryck XXX. §. 46. und

caut. test. XX. §. 7. annimmt, kann wohl noch beſtritten werden. Als poſſeſſoriſches Rechtsmittel kommt dies Interdict h. z. T. freilich nicht mehr vor; eben ſo wenig gilt für daſſelbe ein eigenthümliches Verfahren; aber ſonſt ſind die in Beziehung auf daſſelbe vorgetragenen Rechtsſätze allerdings noch gültig. Daß nach gem. Recht, wie Hommel obs. 623. meint, eigenmächtige Beſitzergreifung der legirten Sache Verluſt des Legats herbeigeführt habe, folgt weder aus l. 9. C. de leg., noch aus l. un. C. quod leg.

h) Außer dem Fall, in welchem Verminderung der Legate in Folge der l. Falcidia erfolgt, kann Verminderung der beſchiedenen Legate auch Statt finden, wenn der onerirte Erbe einen Miterben erhält, an welchen der Erblaſſer nicht gedacht hatte. Ein ſolcher Fall tritt ein, wenn der Erblaſſer einen Inteſtaterben, den er für den einzigen hielt, mit Legaten onerirt hatte und hinterher ein gleichberechtigter Miterbe ſich findet. Dieſer Letztere iſt für onerirt nicht zu achten, wenn nicht etwa der Teſtirer den oneratus allgemein durch den Ausdruck: wer auch mein Erbe ſey (l. 8. §. 1. 2. D. de vulg. et pup. subst. l. 29. D. de her. inst.) bezeichnet hat; der namentlich Onerirte aber bleibt zwar nach ſtrengem Recht verpflichtet, die vollen Legate zu bezahlen; allein der Billigkeit nach ſoll er nur pro rata des ihm verbleibenden Antheils zur Zahlung angehalten werden; vgl. l. 125. D. de leg. 1. l. 76. pr. l. 77. §. 29. D. de leg. 2. l. 40. pr. l. 103. §. 2. D. de leg. 3. (über dieſes Geſetz ſ. Cujac. III. obs. 9. A. Faber. conject. V. 1. Zoller. pr. ad d. l. L. 1749., ſo wie über d. l. 76. Hefter im rh. Muſ. II. S. 112.) l. 11. 12. 13. D. de jure cod. l. 5. §. 1. D. de leg. praest. Nur legata, quae divisionem non recipiunt, machen hiervon eine Ausnahme, d. l. 76. 77. Daß dieſe Grundſätze auch gelten, wenn ein Anderer als der Erbe onerirt worden iſt, und ſpäterhin in die Nothwendigkeit verſetzt wird, den ihm beſchiedenen Vortheil mit Rückſicht, auf welchen er onerirt worden iſt, mit einem Andern zu theilen, ſcheint aus l. 125. D. de leg. 1. j. l. 43. pr. D. de C. et D. zu folgen; vgl. auch l. 32. §. 4. 5. D. ad l. Falcid.

i) pr. I. ad l. Falcid. l. 1. pr. D. ad l. Falcid. c. 1. p. 3. dec. 43. v. J. 1661. Daß andere onerati einen ſolchen Anſpruch nicht haben, ſ. §. 787.

k) Außer den Schriften von Duarenus Ferretus, Goveanus über l. Falcidia, welche ſowohl in den Werken dieſer Juriſten als auch beſonders abgedruckt ſich finden, iſt zu erwähnen F. Hottomann de quarta Falcid. legitima et Pegasiana, in deſſen Var. diss. Vol. I. Fr. Balduin. comm. ad l. Vocon. Falcid. etc. Bas. 1599. und c. praef. N. H. Gundling. Hal. 1750. auch in der jurispr. roman. et att. tom. 1. pag. 183. J. Voorda comm.

ad l. Falc. Harling. 1730. Carpzov. ad c. 1. p. III. def. 1—7. 11—20. Husmann paradoxa ad l. Falcid. in Otto. thes. IV. S. 1673. G. W. Dinkler. de eo, quod justum est circa detract. qu. Falcidiae. L. 1727. Fr. H. Graeff. de l. Falcid., ejus origine, dispositione et usu in foro saxon. occas. c. 1. p. III. L. 1713. Schweppe §. 905—910. Roßhirt I. 4. 4. §. 11—20. Weſtphal von Vermächtn. §. 1132—1347.

§. 787.

Das Recht, den Legatarien das falcidiſche Viertheil abzuziehen, ſteht ſowohl dem Teſtaments= als dem Inteſtaterben zu[a]), ſofern nämlich der Teſtirer die Erbſchaft mit Vermächtniſſen beſchwert hat, keinesweges aber bei Schenkungen auf den Todesfall[b]). Iſt dem Legatar ſelbſt auferlegt worden, Jemandem ein Vermächtniß zu entrichten, ſo iſt derſelbe das falcidiſche Viertheil abzuziehen in der Regel nicht befugt; doch kann er in dem Falle, da ihm ſein eignes Vermächtniß durch den Erben verkürzt wird, verlangen, daß der Honorirte hierzu einen verhältnißmäßigen Beitrag leiſte[c]). Auch der fideicommiſſariſche Erbe kann den vom Erblaſſer ausgeſetzten Vermächtniſſen das falcidiſche Viertheil alsdann abziehen, wenn ihm der heres fiduciarius die ganze Erbſchaft, weil er ſie ſelbſt nicht antreten will, ausantworten muß, mithin erſterer zugleich die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Legate überkommt[d]).

a) l. 18. 71. D. ad leg. Falc. Auch dem Erben dieſer Erben; l. 10. C. ad l. Falc., ingleichen dem emtor heredit., l. 71. ib. und dem, welcher an die Stelle eines Indignus tritt, l. 3. c. 16.

b) Conſt. 1. P. III., dazu Carpzov def. 2—6. Nach gem. Recht iſt dies allerdings anders, l. 5. C. ad l. Falcid. l. 2. C. de m. c. don.; vgl. Carpzov. l. l. def. 2. 3. Madihn Miscellen n. 33. daſ. insbeſondere von einer donatio omnium bonor. Canngiesser. dec. II. 288. Roßhirt §. 12. S. 525. v. Buchholz Abh. n. 8. S. 159. Es fand hier ſogar bei Schenkungen unter Eheleuten, die durch den Tod des Schenkenden beſtätigt werden, ſowie bei der m. c. capio der falcidiſche Abzug Statt, l. 12. 18. C. ad l. Falc., obwohl in Anſehung der m. c. capio nach älterm Recht das Gegentheil galt, l. 1. §. 8. D. ad l. Falc. Auch auf dieſe beiden letztern Arten der Schenkungen will Carpzov def. 5. Gräff diss. 1. III. 6. die const. 1. angewendet wiſſen, obgleich die Worte der const. in dieſen und andern Dona=

tionen, ſo auf den Todesfall geſchehen, keinen ſtringenten Beweis für dieſe Anſicht liefern. Wie ſehr übrigens die Meinungen der Conſultatoren hinſichtlich der Beantwortung der Frage: ob das gem. Recht in Anwendung komme, oder der Abzug der l. Falcid. bei donat. m. c. in Wegfall zu bringen ſey, divergirten, erſieht man aus einer Vrrgleichung der Gutachten tom. I. consult. 2. 18. fol. 26. resp. 40. fol. 146 b. resp. 116. fol. 190 b. tom. II. p. 2. qu. 2. p. 4. qu. 1. bei Mindan III. 49. p. 405. sqq.; vgl. Gottſchalk II. 27. S. 327. 329.

c) l. 32. §. 4. l. 47. §. 1. D. ad l. Falc., wenigſtens iſt dies als der Billigkeit entſprechend angenommen, wenn von Geldzahlungen die Rede iſt, l. 32. §. 4. 5. D. ad l. Falc. Fälle, in denen das Gegentheil angenommen wird, enthält l. 25. §. 1. h. l. 21. §. 1. D. de ann. leg. l. 43. §. 1. D. de C. et D. Auch pflegt man dem Singularſucceſſor den Abzug der qu. Falcidia dann zuzugeſtehen, wenn zu ſeinen Gunſten der belaſtete Erbe des Abzugs ſich nicht bedient hat; Lauterbach cit. pand. XXXV. 1. §. 6. Roßhirt S. 529. Daraus, daß der Legatar die qu. Falc. abzuziehen nicht berechtigt iſt, wird ein Argument für die qualitas heredis eines honoratus entlehnt, wenn demſelben das Recht, die qu. Falcidia abzuziehen, ausdrücklich zugeſtanden worden ſeyn ſollte, Weſtphal Rechtsgutachten n. 42.; wiewohl ein Verbot des Abzugs noch nichts gegen die Erbqualität des honoratus beweiſen würde. Es fragt ſich, inwiefern in Anſehung des heres ex re certa der Abzug der qu. Falcidia Statt finde? Natürlich iſt vorauszuſetzen ein Fall, in welchem ein heres ex re certa nicht der einzige eingeſetzte Erbe iſt. Dann kommt Alles darauf an, in welchem Umfang man den l. 13. C. de her. inst. ausgeſprochenen Satz, heredes ex re certa legatariorum nomine habentur, für wahr annimmt; vgl. §. 679. 681. Mehrere, wie Carpzov l. 1. def. 15. Dinkler diss. l. §. 7., ſprechen dem Erben ex re certa das Recht, die qu. Falc. abzuziehen, ab, und müſſen conſequenter Weiſe auch annehmen, daß einem ſolchen qu. Falcid. abgezogen werden könne. Letzteres nimmt auch Leyſer sp. 361. m. 22. an, ob er gleich m. 17. dem Erben ex re certa das Recht zugeſteht, qu. Falcidiam abzuziehen. Auf ähnliche Weiſe entſcheidet Breuning. de quarta Falcid. heredi et ab herede in re singulari instituto praestanda. L. 1774. Abweichende Anſichten findet man in der §. 679. angeführten Volkmannſchen diss. §. 8. 9. 13. 14. 16. Das Reſultat iſt folgendes: 1) dem heres ex re certa kann die qu. Falc. abgezogen werden, 2) der heres ex re certa kann die quarta Falc. nur abziehen, wenn er Miterben hat, die ebenfalls nur ex re certa eingeſetzt worden ſind, l. 35. §. 1. D. de her. inst.; und wenn die portio gravata eines ex parte quota eingeſetzten Miterben ihm accreſcirt, in allen andern Fällen kann

er die Falcid. nicht kürzen, nicht weil er legatarii loco iſt, ſondern weil ſich nicht ausmitteln läßt, in welchem Verhältniß die ihm angewieſene Sache zu der geſammten Erbſchaft ſtehe; 3) Ausnahme gilt in dem Fall, wenn ein Erbe zwar ex parte quota instituirt, jedoch ihm eine beſtimmte Sache als Erbtheil angewieſen worden iſt. Der Erbe kann hier qu. Falcid. abziehen; auch kann ihm, wenn die angewieſene Sache die ihm zugetheilte Erbſchaftsquote überſteigt, qu. Falcidia abgezogen werden. Hier ſcheint alſo doch die bei 2. geleugnete Möglichkeit, das Verhältniß der angewieſenen Sache zu dem Erbſchaftsganzen zu ermitteln, anerkannt zu werden. In Sachſen ſcheint dec. 43. v. J. 1661. in fin. allerdings anzuerkennen, daß auch heres ex re certa die qu. Falcidia in der Regel abziehen könne. Nach dem ſächſ. Erbgeſetze §. 2. 3. iſt aber zu erwägen, daß jus accrescendi einem heres ex re certa nicht zu Statten kommt. Dabei iſt gewiß, daß die Inteſtaterben, an welche eine von der Dispoſition ausgeſchloſſene res certa fällt, nach §. 3. als Legatare anzuſehen ſind; unentſchieden aber, ob und in wie weit der in re certa eingeſetzte Erbe im Verhältniß zu den Inteſtaterben, an welche die übrige Erbmaſſe fällt, als Legatar oder als Miterbe anzuſehen ſey; vgl. §. 679. not. e.

d) §. 7. I. de fideic. heredit. in fin. l. 3. §. 11. 12. D. ad SCt. Treb.; vgl. §. 805 b. Daß, wenn in pactis dotalibus Vermächtniſſe ausgeſetzt worden ſind, quarta Falcid. nicht abgezogen werden könne, iſt die Meinung von Berlich. p. III. const. 1. n. 54. Carpzov. p. III. c. 1. def. 11. Stryck. de succ. ab intest. VIII. 5. §. 48. Berger. Oec. II. 4. 31. not. 12. Entgegengeſetzte Entſcheidung in Anſehung der ſogenannten pacta dotalia mixta ſ. bei Gräff diss. l. III. 7.

§. 788.

Hingegen findet der Abzug des falcidiſchen Viertheils gar nicht Statt *): 1) wenn der Erblaſſer ſolches in ſeinem letzten Willen mit ausdrücklichen Worten verboten hat [a]); 2) wenn der Teſtirer Jemandem ein Grundſtück vermacht, und dabei verordnet, daß daſſelbe nie veräußert werden ſolle [b]); 3) bei dem testamento militari [c]); 4) bei Vermächtniſſen zu milden Sachen [d]); 5) bei dem praelegato dotis [e]); 6) wenn der Erbe binnen der Ueberlegungsfriſt die Fertigung eines Inventarii oder einer eidlich zu beſtärkenden Specification unterlaſſen [f]), oder auch ſonſt das Vermächtniß hinterliſtiger Weiſe zu hinterziehen geſucht hat [g]); 7) wenn der Erbe auf den Abzug des falcidiſchen Viertheils entweder

ausdrücklich Verzicht leiſtet [h]), oder auch ſtillſchweigend, wenn er es nämlich weiß, daß er nicht den vierten Theil der Erbſchaft übrig behält, und gleichwohl die Vermächtniſſe ganz bezahlt [i]). 8) Hat der Teſtirer ſeinem Gläubiger, was er ihm ſchuldig iſt, vermacht, ſo kann der Abzug des falcidiſchen Viertheils höchſtens nur in Anſehung der Vortheile Statt finden, welche der Gläubiger außer ſeiner Schuldforderung durch das Vermächtniß erhält [k]).

*) S. Stryck. de prohib. Falcid. detract.; in deſſen caut. test. cap. 21. Weſtphal §. 1261—1302. Im Allgemeinen wird ein gültiges Legat vorausgeſetzt, l. 30. §. 9. D. ad l. Falc. Daher wird auch bei Prälegaten von dem Theil, welchen der Prälegatar ſich ſelbſt zu gewähren haben würde, die Falcidia nicht gekürzt, wohl aber von dem Antheil, den er von dem belaſteten Erben erhält, l. 20. 30. §. 8. D. ad l. Falc. Weſtphal §. 1299. Pfordten §. 26. Roßhirt I. 4. 2. §. 4. S. 282.

a) Nov. 1. c. 1. §. 2. Ueber dieſe N., durch welche das früher gültige Recht abgeändert ward, iſt zu vergleichen Marezoll in Grolmann und Löhr Mag. IV. 19. n. 1. Roßhirt a. a. O. §. 19. S. 584. Deciſ. 43. v. J. 1661. Overbeck I. Med. 47. Dinkler diss. 1. §. 28. Dagegen nehmen an, daß das Verbot des Abzugs durch äquipollente Beſtimmungen erfolgen könne, Carpzov l. l. def. 13. Resp. VI. 30. gegen Finkelthaus obs. 120. Stryck l. l. m. 1. Gräff diss. l. II. 5. III. 11. Leyſer sp. 405. m. 4. Gottſchalk I. 10. und die daſ. angef. Rechtslehrer Quiſtorp Beitr. n. 40. Zoller pr. 1779.; vgl. auch S. F. Kapſ. de leg. Falc. in mil. test. et ex prohibitione cessante. Tubing. 1787. v. Hartitzſch n. CLXXXI. Nach Marezoll a. a. O. würde in Folge der N. 1. die detractio qu. Falc. überhaupt nur dann Statt finden, wenn der Erblaſſer in der Berechnung ſeines Vermögens ſich geirrt hätte. Ueber das vorjuſtin. Recht vgl. l. 27. 75. 88. pr. §. 1. 2. D. ad l. Falc. j. l. 14. §. 1. l. 56. §. 5. l. 64. D. ad l. Falcid. Hat der Teſtirer verordnet, daß ſein Erbe (den er in einer gewiſſen beſtimmten Sache eingeſetzt hat) ein Mehreres, als was ihm beſchieden, nicht haben ſolle, ſo iſt ſolches ebenfalls für ein Verbot der quarta Falc. zu achten, angez. Deciſ. 43. Dagegen muß aber der Erbe den beſchiedenen Theil unverkürzt behalten; ſo daß, wenn dieſer Theil durch die Legate verkürzt wird, ein Abzug von letztern zur Ergänzung des erſtern nach Analogie der qu. Falc. eintritt. So entſchied in I. v. Cl. Verlaſſenſch. 1827. der Schöppenſtuhl zu Leipzig und durch Reſcr. vom 22. November 1827. das Appellationsgericht an das StG. zu Leipzig. Das Urthel des SSt. pflichtete übrigens der

Meinung derer bei, welche dem ſtillſchweigenden Verbot gleiche Wirkung mit dem ausdrücklichen zugeſtehen, vorausgeſetzt nur, daß der Erblaſſer den Zuſtand ſeines Vermögens gekannt habe. Ein ſtillſchweigendes Verbot iſt aber auch zu behaupten, wenn der Teſtirer bloß verordnet hat, daß die Vermächtniſſe ohne Abzug entrichtet werden ſollen, obwohl Stryck caut. test. c. 22. membr. 1. §. 2. sqq. Berger Oec. II. IV. 31. 6. u. a. M. der entgegengeſetzten Meinung ſind. Daß übrigens das von dem Erblaſſer ausgeſprochene Verbot des Abzugs der qu. Falc. durch Uebereinkunft mit den betheiligten Legataren beſeitigt werden kann, hätte wohl nie bezweifelt werden ſollen. Dennoch iſt dieſer Punkt als ein specimen juris controversi behandelt worden von Breuning. d. an prohibit. detr. Falc. excludat pactum c. legatario de ea detrah. L. 1767.

b) Nov. 110. c. 11. Auth. sed et in ea C. ad l. Falc. Berger l. c. not. 8. Stryck m. 1. §. 11—13. Gräff l. l. III. 11. Dinkler §. 29. Weſtphal §. 1277. Roßhirt §. 19. S. 586., vornehmlich aber Gottſchalk I. 10. Es kann hierbei in Frage kommen, ob das in der N. ausgeſprochene Verbot des Abzugs aus dem Geſichtspunkt einer tacita prohibitio von Seiten des Teſtirers, oder einer beſondern Sanction des Geſetzgebers zu betrachten ſey? Das Erſte behauptete Finkelthaus, das Letztere Carpzov a. a. O.; der letztern Meinung pflichtet auch Gottſchalk l. l. bei. Dieſe Meinung wird zwar durch den dem Verbot beigefügten Grund: quoniam alienationem ejus ipse testator prohibuit, zweifelhaft gemacht; da aber nicht abzuſehen iſt, wie das Verbot der Veräußerung einen Schluß auf die Abſicht, den Abzug der qu. Falc. auszuſchließen, rechtfertigen könne — denn was man gewöhnlich anführt, daß die Entrichtung des Abzugs eine Art der Veräußerung ſey, iſt wenigſtens in dem Fall eines leg. speciei unrichtig; und zu ſagen, die Laſt, welche durch das Veräußerungsverbot auf den Legatar gelegt wird, müſſe durch ein commodum, die Befreiung von der qu. F., compenſirt werden, würde dahin führen, bei jedem leg. sub modo daſſelbe anzunehmen — ſo muß wohl die Beſtimmung der N. als die des Geſetzgebers angeſehen werden. Daher iſt auch hier ein wirkſames Verbot der Veräußerung, d. h. namentlich ein ſolches vorauszuſetzen, wo derjenige benannt iſt, zu deſſen Gunſten die Veräußerung unterſagt wird; vgl. Dinkler l. l.

c) l. 17. 22. 96. D. l. 7. C. ad l. Falcid. Berger a. a. O. Kapf. diss. l. Vorausgeſetzt ſcheint werden zu müſſen ein test. jure militari conditum. A. M. und daß auch, wenn der Soldat nach den Vorſchriften des jus commune teſtirt, ein Verbot des Abzugs der quarta anzunehmen ſey, iſt M. G. Wernher. decas errorum Boehmerian. in doctrina de l. Falc. et fideic. Erlang. 1770. §. 4.; vgl. Gräff. d. l. III. 11. und das daſ. angeführte Urthel

des Schöppenſtuhls zu Leipzig. Stryck l. 1. m. 1. §. 8. sqq. Weſtphal §. 1261. 1262. Ob das privileg. des test. milit. durch N. 1. aufgehoben ſey, ſ. Kapf diss. §. 21. Schweppe §. 910. not. 3.

d) Nov. 131. c. 12. Auth. similiter, C. ad leg. Falc. Berger a. a. O. not. 7. Carpzov l. l. def. 16. Dinkler §. 31. Rösler decis. I. 27. Stryck n. 3. §. 1. 2. Boehmer. de privilegiis piar. caussar. genuinis et spuriis cap. 1. §. 16. in deſſen Exerc. ad Pand. tom. V. H. Th. Pagenstecher de l. Falc. in leg. ad p. c. cessante; in deſſen comm. ad Pompon. Lemgo 1750. Roßhirt §. 20. S. 587. Mehrere, wie Cujac. ad d. N. Wieling. lect. jur. civ. II. 31. p. 253. Gräff III. 10. nehmen an, daß qu. Falc. einem legat. ad c. p. nur dann nicht abgezogen werden könne, wenn der Erbe in mora ſich befindet. So drückt auch Auth. similiter, C. ad l. Falc. die Beſtimmung der angef. N. aus; vgl. F. C. Conradi pr. zu der diss. de diis hered.; an legatis, quae diis reliqu. qu. Falc. detrah. Helmst. 1746.; v. Hartitzſch n. CCXLVIII.

e) l. 1. §. 13. D. de dote prael. l. 81. D. ad l. Falcid. Stryck. l. l. III. §. 4. 5.: Der Grund iſt, weil hier legat. debiti vorliegt; vgl. n. 8. des §. Inzwiſchen ſcheint gleichwohl l. Falcid. weiter als auf die eigentliche praelegat. oder relegat. dotis, namentlich auch auf res uxoris caussa paratas ſich bezogen zu haben, l. 81. §. 2. D. ad l. Falc. Daß übrigens das praeleg. dotis in den Fällen, in welchen es beſteht, obgleich dos eigentlich nicht eingebracht worden iſt (§. 765.), dem Abzug der qu. Falc. unterliege, folgt aus dem Angef. Breuning. an qu. Falc. locum habeat in praeleg. dotis dote non illata. L. 1777.

f) N. 1. c. 2. §. 2. Auth. sed cum test. C. ad l. Falc. Stryck. l. 1. membr. II. §. 2. Die decis. 57. v. J. 1661. ſcheint hierin nichts geändert zu haben. Die Worte: bei verſpürter vortheilhaftiger Gefährde, drücken bloß die Bedingung aus, unter welcher der Erbe ſogar mit dem eignen Vermögen die Erbſchaft vertreten muß. Allein dazu, daß er die Legate, ſo weit dies aus der Erbſchaftsmaſſe möglich iſt, voll bezahle, bedarf es dieſer Vorausſetzung nicht, und es muß daher das nirgends aufgehobene gemeine Recht eintreten; vgl. v. Langenn und Kori Erört. l. 11. C. Hartmann. de herede legatar. et fideic. neglecto licet inventario ultra vires hered. non obligato. L. 1744. Fritz im Arch. f. civ. Pr. XII. 12. §. 5. 7.

g) l. 74. pr. l. 59. D. ad l. Falc. Stryck §. 7. Weſtphal §. 1279. ff. Daß auch in dem Fall der expilatio hereditatis ſtatt der l. ult. §. 10. C. de jure de lib. beſtimmten poena dupli nach N. 1. cap. 2. §. 2. Verluſt der qu. Falc. eintrete, behauptet

Struck l. l. §. 11. mit mehrern andern daſ. Angeführten, und dieſe Meinung ſcheint allerdings für ſich zu haben, daß, wenn ſchon unterlaſſene Fertigung eines Inventars, die doch nur eine Vermuthung für den animus expilandi gewährt, Verluſt der qu. Falc. herbeiführt, dies noch mehr der Fall ſein müſſe bei einer wirklichen expilatio. So viel iſt gewiß, daß nach dem ältern Recht in Fällen der expilatio der Erbe des Abzugs verluſtig war und dieſer dem Fiscus zufiel, l. 6. D. de his, quae ut ind. l. 59. pr. l. 68. §. 1. D. ad l. Falc. Dagegen dürfte die ebenfalls von Struck l. l. §. 12. aufgeſtellte Meinung, daß auch ob moram in solvendis legatis der Erbe der Falc. verluſtig werde, weder aus N. 1. c. 4. noch aus der daher entlehnten Auth. hoc amplius C. de fideic. ſich rechtfertigen laſſen; vgl. v. Langenn und Kori a. a. O.

h) l. 46. l. 71. D. l. ult. C. ad l. Falc. Das letztere Geſetz beſeitigt l. 15. §. 1. ib., welches das Gegentheil zu beſagen ſcheint, und gewöhnlich auf eine renunciatio vivo testatore facta beſchränkt wird. Uebrigens fällt in Sachſen die Verzicht auf die qu. Falcid. unter das in der decis. 25. v. J. 1746. ausgeſprochene Verbot, wobei nur noch zu bemerken iſt, daß Niemand glaube in einem Progr. von Ayrer. de Falcidia in concursu cred. Götting. 1744. in opusc. II. 10. etwas hierher Gehöriges zu finden, da in dem ganzen Progr. von der eigentlichen qu. Falcidia gar nicht die Rede iſt. Was den ausdrücklichen Verzicht anlangt, vgl. Struck l. l. §. 17. über ſtillſchweigenden Verzicht, denſ. §. 18. ff. Weſtphal §. 1286. ff. Roßhirt §. 19. S. 586. Daß durch Proteſtation das Recht des Erben auch hier erhalten werde, Struck §. 9. Daß aus der unverkürzten Berichtigung eines einzigen der mehrern Legate nicht eine allgemeine Verzichtleiſtung auf qu. Falc. folge, war allerdings Anſicht des ältern Rechts, l. 15. §. 2. l. 16. pr. §. 1. D. l. 6. §. 2. C. ad l. Falc. Allein durch N. 1. cap. 3., welche indeß mehrere auf den Fall beſchränken, wenn ein Legatar völlig abgefunden worden iſt, ward dies geändert; vgl. Cujac. ad d. N. Struck l. l. §. 20. Roßhirt S. 586. not. 4. Schweppe §. 910. S. 335. So wie übrigeus der Erbe ſelbſt auf qu. Falc. verzichten kann, ſo kann er auch bei dem Verkauf der Erbſchaft dem Käufer zur Pflicht machen, die qu. Falc. nicht zu kürzen, l. 71. D. ad l. Falc.

i) a. l. 9. C. ad l. Falc. N. 1. c. 3.; vgl. §. 791.

k) l. 1. §. 10. 19. l. 5. ed. ad l. Falc. l. 28. §. 1. D. de leg. l. 67. §. 1. D. de leg. 2. verb. mit l. 5. h. und die oben not. e. angef. Geſetze, Breuning. de non usu qu. Falc. in leg. debiti. L. 1766. Gräff l. 1. III. 13. Roßhirt §. 20. S. 585. Wogegen leg. liberationis allerdings dem Abzug unterliegt, l. 15. pr. l. 22. §. 3. D. ad l. Falc. Breuning. de caussa qu. Falc. in

leg. liberat. L. 1773. Dies Alles ward in den §. 788. not. e. angeführten Urtheln anerkannt. Zu dem Fall des leg. lib. gehört außer dem praelegat. dotis (ſ. oben not. e.) das Legat, welches ad supplendam legitimam hinterlaſſen wird, Stryck l. l. III. §. 6.; vgl. auch von Löhr in deſſ. Magazin III. 19.; v. Buchholz Abh. n. 8. Das Legat, das einem executor test. hinterlaſſen worden iſt, kann aber nicht hierher gerechnet werden, wie die eben erwähnten Urthel entſchieden. Eben ſo wenig als von dem leg. debiti ſelbſt kann von dem Legat der darauf Bezug habenden Urkunden der Abzug der qu. Falc. Statt finden, l. 15. C. ad l. Falc. Stryck III. §. 5. Ueber den Fall der l. 87. §. 3. D. de leg. 2., in welchem einem Bruder, der vor ſeinen Geſchwiſtern beträchtliche Vortheile erhalten hat, der Abzug der qu. Falc. von den letztern beſchiedenen Fideicommiſſen verſagt wird, ſ. Weſtphal §. 1302.; vgl. auch l. 5. C. ad l. Falc. — Für alle die Fälle aber, in welchen nach dem bisher Geſagten der Abzug der qu. Falc. wegfällt, iſt noch zu bemerken: 1) in der Regel behält dennoch der Satz ſeine Anwendung: nemo plus est onerandus quam est honoratus, l. 11. §. 5. l. 17. 73. §. 5. D. ad l. Falc. l. 1. §. 12. D. si cui plus quam per l. Falc., l. 12. C. de test. mil. l. 1. §. 18. D. ad SCt. Treb. Roßhirt §. 15. S. 570. Nur der Fall 6. kann nach der dec. 57. v. J. 1661. bei vorhandener vortheilhaftiger Gefährde eine Ausnahme machen. Wie dann die Reduction der Legate erfolgen müſſe, ſ. Schrader civ. Abh. II. 4.; 2) wenn unter mehrern Legaten bei einzelnen der Abzug der quarta wegfällt, ſo entſteht die Frage: ob der hiermit entſtehende Ausfall den Erben treffe, oder von den übrigen Legataren zu übertragen ſey? So viel iſt gewiß, daß durch ein factum des Erben der eine Legatar nicht von dem Abzug befreiet und der andere damit belaſtet werden kann; vgl. not. h. Liegt aber der Grund, aus welchem ein beſtimmtes Legat von dem Abzug frei iſt, in dem Willen des Erblaſſers oder in der Beſchaffenheit des Legats, ſo kann der Erbe, der ja immer quartam partem salvam behalten ſoll, l. 1. pr. l. 71. D. ad l. Falc., darunter nicht leiden; die andern nicht befreiten Legate müſſen vielmehr den Ausfall des beſtimmten Legats durch einen ſtärkern Beitrag decken. A. M. iſt Schweppe §. 910. a. E.

§. 789.

I. Soviel die Berechnung der qu. Falcidia betrifft [a]), ſo iſt A) im Allgemeinen zu bemerken, daß 1) hierbei auf die Zeit, zu welcher der Erblaſſer ſtarb [b]), Rückſicht genommen werden muß. Dies namentlich, wenn von der Feſtſtellung der Erbmaſſe die Rede iſt [c]); woraus ſich denn

von ſelbſt ergiebt, daß der Zuwachs, welchen die Erbſchaft nach des Teſtirers Ableben erhält, bloß dem Erben zum Vortheil gereiche, mithin auf die Berechnung der Quarta keinen Einfluß haben könne; auf gleiche Weiſe aber auch der Erbe den Schaden tragen müſſe, wenn die Erbſchaft nach des Teſtirers Tode durch Unglücksfälle vermindert wird[d]). Aber auch nicht minder bei Beſtimmung des Betrags der Legate[e]). 2) Was die Ermittelung des Werths einzelner Sachen betrifft, ſo iſt es allein der wahre Werth, pretium commune, welcher in Betracht kommt[f]) und durch Würderung herzuſtellen iſt[g]). 3) Die Berechnung ſelbſt kann nicht einſeitig, ſondern nur unter Concurrenz der Legatarien erfolgen[h]); daher iſt ihnen die von dem Erben gefertigte Conſignation und Werthsangabe[i]), ſo wie die Rechnung über die geführte Verwaltung[k]) vorzulegen, um ſie mit ihren etwaigen Erinnerungen zu hören. Was B) insbeſondere, α) die Eruirung des Erbſchaftsbeſtandes anlangt, ſo bezieht ſich dieſe theils auf Ermittelung der Activmaſſe ſowohl in Anſehung der in derſelben vorhandenen species[l]), als der dazu gehörigen Außenſtände[m]), theils auf Feſtſtellung der Paſſiven, welche von der Activmaſſe vor allen Dingen in Abzug gebracht werden. Dahin gehören 1) die ſämmtlichen Schulden des Erblaſſers[n]); 2) die Begräbnißkoſten[o]), 3) die Maſſekoſten, wozu die der Obſignation und Conſignation, ſo wie die Gebühren und Verläge eines beſtellten Nachlaßvertreters oder Teſtamentsexecutors zu rechnen ſind[p]). Hiernach beſtimmt ſich β) der dem Erben von der ganzen Erbſchaft oder der ihm beſchiedenen Quote gebührende Viertheil. In dieſen wird ihm hier Alles eingerechnet, was er vermöge des ihm zuſtehenden Erbrechts, als Erbe, erhält[q]), keinesweges aber das, was ihm der Erblaſſer als Prälegat ausgeſetzt[r]) oder bei ſeinen Lebzeiten geſchenkt hat[s]). Was γ) die Ausmittelung des Betrags der Legate[rr]) betrifft, ſo iſt dieſe zwar in Anſehung der Legate, welche in Geldzahlung beſtehen, ſo wie bei legirten Sachen, welche dem Erblaſſer zugehört haben und in der Erbmaſſe vorhanden ſind, in der Regel[t]) bereits bei Erui-

rung dieſer Erbmaſſe erfolgt; allein in allen übrigen Fällen tritt die Nothwendigkeit einer beſondern Werthsermittelung ein [u]). Bei einer ſolchen Werthsermittelung kommt es darauf an 1) zu beſtimmen, was eigentlich den Gegenſtand des Legats ausmacht [v]), 2) den Werth des Legats ſelbſt auf gehörige Weiſe feſtzuſtellen. Der Werth, welcher geſucht wird, iſt auch hier der gemeine, welcher nach der innern Beſchaffenheit der Sache und allgemeiner, nach dem möglichen und wahrſcheinlichen Verkaufspreiſe beſtimmt wird [w]). Die Ermittelung dieſes Werths, welche namentlich durch Sachverſtändige geſchieht, iſt leicht, wenn eine species ohne weitere Beſchränkung legirt worden iſt; ſchwieriger aber, wenn ein erſt zu beſtellendes Recht oder ein factum [x]) den Gegenſtand des Legats bildet. Iſt namentlich ususfructus oder ein Recht auf wiederkehrende, mit dem Tode des Legatars aufhörende Leiſtungen Gegenſtand des Legats, ſo iſt bei der Berechnung auf das Alter und die muthmaßliche Lebensdauer des Legatars Rückſicht zu nehmen [y]). — Die Berichtigung der quarta ſelbſt erfolgt durch wirklichen Abzug bei einer quantitas legata, in andern Fällen durch Herauszahlung von Seiten des Legatars [z]), welche durch Caution ſicher geſtellt werden kann [aa]).

a) J. H. Cramer. de divisione hered. inter plures heredes et computat. qu. Falc. in opusc. IV. 1. Polack. math. forenses Abth. 1. §. 20. Schrader Abh. II. 4. Löhmann Handb. für juridiſche und ſtaatswirthſchaftliche Rechnungen. L. 1829. §. 200. ff. Auch das treffliche Lehrb. der Arithmetik von Krancke, Hannover 1836., enthält im 2. Theil §. 468. eine zweckmäßige Anweiſung. Roßhirt a. a. O. §. 14. 15. Was hier über Eruirung des Erbſchaftsbeſtandes geſagt wird, das iſt den drei Quarten, welche in dem heutigen Erbrecht vorkommen, gemein. In Anſehung der Beſtimmung der quarta ſelbſt und namentlich deſſen, was in die Quarta einzurechnen iſt, weicht jede von der andern mehr oder weniger ab. Was über Eruirung des Werths der Legate vorkommt, paßt bloß auf die quarta Falcidia.

b) Wenn gleich die Berechnung der quarta ſpäter erfolgt, wie allerdings geſchehen kann; l. 58. 95. §. 2. D. ad l. Falc. Uebrigens iſt das tempus mortis in Sachſen näher dahin zu beſtimmen, daß dies tricesimus (§. 899.) als entſcheidendes Moment gilt. Dies ſchon darum, weil bis zu dieſem Tage defunctus adhuc vivere

intelligitur, theils aber auch arg. deſſen, was ehedem in Anſehung der Morgengabe und des Mußtheils, auch eine Art Pflichttheil (vgl. §. 870. 871. 872. 873. der ältern Ausgabe, Haubold S. P. R. §. 404. 405.) galt; vgl. Sachſenſp. I. 22. Weichb. art. 24. c. 32. 33. 34. p. III. H. Pistor. I. qu. 24. n. 95. Carpzov. p. III. c. 32. def. 20. 21. und c. 34. def. 2. 3. Horn. diss. de die tricesimo, §. 41. 45.

c) §. 2. I. l. 56. pr. §. 1. l. 73. pr. D. ad l. Falc. Wenn insbeſondere der Nachlaß durch Verſchuldung des Erben vermindert worden iſt, ſo hat dies der Erbe allein zu tragen, l. 3. pr. l. 60. §. 1. l. 61. D. ad l. Falc.

d) §. 2. I. l. 73. pr. D. ad l. Falc. l. 30. pr. ib. Der angegebene Zeitpunkt entſcheidet auch in Anſehung der fructus der Erbmaſſe, d. l. 73. pr. Dieſe vermehren, inſofern ſie zu dem angegebenen Zeitpunkt bereits reif waren und percipirt werden konnten, die Erbmaſſe, und haben daher auch Einfluß auf die quarta. Alle fructus dagegen, welche ſpäter reifen, gehören allein dem Erben, l. 9. pr. ib.; vgl. Roßhirt a. a. O. S. 540. 574. 575. In Sachſen wird dies nur inſofern eine Modification erleiden, als der Zeitpunkt, mit welchem fructus für percepti gehalten werden, anders beſtimmt wird; vgl. §. 416. Es fragt ſich indeß, ob nicht durch das vom Erben zugeſtandene benef. inventarii zu Gunſten des Erben etwas geändert worden ſey, ſo daß der Erbe auch wegen einer Verminderung der Erbmaſſe, welche nach dem vorbemerkten Zeitpunkt ſich ereignet hat, den Legataren einen Abzug machen dürfe? Dies behaupten wegen l. ult. §. 4. C. de jure delib. vornehmlich Voet. ad Pand. XXVIII. 8. §. 22. Weſtphal §. 1183 c., während Voorda ad l. Falc. VIII. 20. p. 188. Roßhirt S. 540. mit Recht das Gegentheil annehmen, weil das zuletzt erwähnte Geſetz den Erben bloß Schutz gegen die Gläubiger zu gewähren beabſichtigt.

e) l. 30. §. 2. 3. 4. 5. D. ad l. Falc. Roßhirt S. 579. Der Erbe berechnet hiernach die Summe der Legate nach dem Werth, welchen ſie tempore mortis oder am dreißigſten hatten. Dadurch können die Legatare allerdings leiden; dann nämlich, wenn der Gegenſtand des Legats eine species und dieſe ſpäterhin, verſteht ſich, ohne culpa heredis an Werth verringert worden oder untergegangen iſt. Denn dann muß zu Gunſten des Erben der volle Werth in Anſchlag gebracht werden, während die Legatare die Sache nur in verſchlechtertem Zuſtand oder gar nicht erlangen. Anders iſt dies bei einer quantitas legata, welche der Erbe immer voll gewähren muß, d. l. 30. §. 3. 4. Der Grund der Verſchiedenheit liegt in dem im erſten Fall dem Erben zu Statten kommenden Satz, daß der debitor speciei durch den Zufall, welchen die res debita trifft, nicht leide. Was die fructus rei legatae anlangt, ſo entſcheidet in Sachſen die decis. 12. v. 1746.; vgl. §. 782.

f) l. 42. 63. §. 1. l. 63. pr. §. 2. D. ad l. Falc. G. L. Crell de pretio legati ad l. 63. pr. D. ad l. Falc. Viteb. 1756. in fasc. diss. XII. n. 106. Das von dem Erblaſſer ſelbſt feſtgeſtellte pretium konnte nach dem Recht der Pandecten allerdings keine bindende Norm abgeben, l. 15. §. 8. D. ad l. Falcid. Nach heutigem Recht hängt die Gültigkeit einer ſolchen Beſtimmung davon ab, ob man ſie für eine ſtillſchweigende Beſchränkung der Falcidia achten, und überhaupt einer ſolchen ſtillſchweigenden Beſchränkung Gültigkeit zugeſtehen kann; vgl. §. 788. In einem Fall, in welchem der Erblaſſer den Werth eines Erbſchaftsgrundſtücks zu 24,000 Thlrn. angeſchlagen, und verordnet hatte, daß der Erbe dieſe Summe unter gewiſſe Perſonen als Legat vertheilen ſollte, ward von den ſächſ. Dicaſterien keine Beſchränkung der qu. Falcidia angenommen; ſo der Schöppenſtuhl zu Leipzig im März und Juli 1808, die Jur.-Fac. im Novbr. 1808. April und Jul. 1809.; ingl. das Oberhofger. Decbr. 1809. in Sachen der Lottichiuſſiſchen Legatare ·/. C. G. Händler. Bei Beſtimmung des Pflichttheils würde eine dergleichen Verordnung des Erblaſſers nicht in Betracht kommen; vgl. §. 702. not. dd.

g) l. 1. §. 6. D. si cui plus quam per l. Falc. Ein Recht auf öffentliche Verſteigerung der Nachlaßgegenſtände, in specie auf Subhaſtation der Grundſtücke anzutragen, um auf dieſe Weiſe den Werth derſelben zu ermitteln, ſteht den Legataren eben ſo wenig zu, als in dem Fall, wenn von Ausmittelung des Pflichttheils die Rede iſt, dem Pflichttheils-Berechtigten; vgl. Pfeiffer novae decis. hasso-cass. II. n. 67.

h) l. 1. §. 6. D. si cui plus quam per l. Falc. Dies ward auch in der not. f. erwähnten Rechtsſache einſtimmig angenommen. Edictalcitation der Legatare kann namentlich dann Statt finden, wenn der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hat; vgl. §. 915. Außerdem müßten freilich die bekannten Legatare auf die gewöhnliche Weiſe vorgeladen werden.

i) Es wird alſo hier bei vorfallenden Streitigkeiten in der Regel der gewöhnliche Rechnungs- und Defectenproceß eingeleitet werden müſſen. Hätte daher der Legatar in processu executivo das Legat einzuklagen unternommen, ſo ſcheint es am angemeſſenſten, den Executivproceß bis zur Erledigung des Rechnungsproceſſes, was freilich nicht immer eine kurze Zeit ſeyn wird, auszuſetzen. A. M. waren in der not. f. erwähnten Rechtsſache die ſächſ. Dicaſterien. Der Schöppenſtuhl nahm an, daß der Erbe das volle Legat gegen Cautionsbeſtellung zu bezahlen gehalten ſey; die Jur.-Fac. entband die Legataren auch von der Pflicht der Cautionsbeſtellung, weil die Unzulänglichkeit des Nachlaſſes nicht in continenti liquid gemacht worden ſey. Daß die letztere Anſicht die am wenigſten haltbare ſey, leuchtet wohl ohne Weiteres ein.

k) Nämlich Rechnung über die Verwaltung bis zu dem 30.; vgl. not. b.

l) Daß davon res alienae und namentlich auch ſolche Sachen, welche nach dem Tode des Erblaſſers nicht auf den Erben transferirt werden, abgehen, verſteht ſich von ſelbſt; vgl. übrigens l. 57. §. 1. l. 38. §. 1. 2. ad l. Falc.; vgl. Voorda ad l. Falc. VIII. 1. Der ususfructus oder das Pfandrecht, welches ein Dritter an beſtimmten Sachen hat, iſt als ein Nachlaß passivum anzuſehen.

m) l. 49. D. de R. I. l. 52. D. de acqu. rer. dom., l. 1. §. 7. 17. 18. D. ad l. Falcid. Natürlich werden auch hier nur ſolche Rechte als Theil des Nachlaſſes betrachtet, welche transmittirt werden konnten, alſo nicht der ususfructus, der dem Erblaſſer zuſtand; daher auch Zweifel in Anſehung der actiones poenales; vgl. l. 32. pr. §. 1. D. ad l. Falc. Hierbei iſt noch beſonders zu betrachten 1) die Möglichkeit die Forderung zu realiſiren. Dieſe kann beſchränkt ſeyn α) durch Inſolvenz des Schuldners; was zu der Zeit des Todes exigibel war, wird als Beſtand des Nachlaſſes angeſehen, l. 63. §. 1. l. 82. D. ad l. Falc. Ob das ſpäter Eingehende nachträglich in Anſatz zu bringen ſey? darüber kann geſtritten werden. Der not. b. ausgeführte Satz ſcheint allerdings hierher nicht zu paſſen, und l. 56. §. 1. D. ad l. Falc. ſpricht ausdrücklich uberiorem factam videri hereditatem, si debitoris qui tunc non erat solvendo, ampliatae sunt facultates; vgl. auch l. 30. pr. D. ad l. Falc. verb. debitorum pejora facta nomina, Berger. consil. 380. Roßhirt S. 543. Mehrere Stellen aber, in welchen von einer actio de peculio die Rede iſt, machen dies zweifelhaft. Die Frage, nach welchem Zeitpunkt das peculium, aus welchem Zahlung zu leiſten iſt, zu berechnen ſey? wird nämlich von den römiſchen Juriſten verſchieden beantwortet; einige berückſichtigen tempus aditae hereditatis, andre wenden in Gemäßheit des obigen Satzes tempus mortis an; vgl. l. 50. §. 1. D. de pecul. l. 56. pr. l. 83. D. ad l. Falc. Ueber das tempus aditionis geht keiner hinaus. Daß man, wie Weſtphal meint, bei einem incremento peculii das tempus aditae hereditatis, ſonſt aber tempus mortis berückſichtigt habe, iſt willkührlich und unerweislich; vgl. Cujac. ad Papinian. ad d. l. 50. Chesii differentiae jur. c. 81. in Jurispr. rom. et att. II. p. 856. Voorda VIII. 7. 21. Iſt der inſolvente Schuldner ſelbſt der Erbe, ſo wird ſeine ganze Schuld in Anrechnung gebracht, l. 82. D. ad l. Falc. Die Möglichkeit der Einziehung der Forderung kann aber auch beſchränkt ſeyn β) durch die Natur der Forderung, wenn ſie keine klagbare, ein ſogenanntes debitum naturale iſt. Eine Forderung, welche dermaßen ungültig iſt, daß auch das Gezahlte zurückgefordert werden kann, iſt als gar keine Forderung anzuſehen, mithin auch bei Berechnung der Erbmaſſe nicht in Anſchlag zu bringen; Ausnahme ſ. l. 21. pr. D. ad l. Falc. In andern Fällen iſt dies ex eventu

zu beurtheilen, d. h. das, was wirklich eingegangen iſt oder eingeht, wird in Anſchlag gebracht, l. 1. §. 17. D. ad l. Falc. Wenn, wie Roßhirt S. 544. meint, der Fall einer ſolchen oblig. naturalis nach denſelben Grundſätzen zu entſcheiden iſt, wie der Fall einer wegen Inſolvenz des Schuldners nicht exigibeln Forderung, ſo würde das eben angeführte Geſetz allerdings die Anſicht unterſtützen, daß auch in dem letztern Fall das ſpäter Eingehende in Anſchlag gebracht werden müſſe. Wenn endlich γ) die Forderung eine durch Bedingung beſchränkte iſt, ſo ſoll nach l. 73. §. 1. D. ad l. Falc. die Forderung ſelbſt taxirt, d. h. ermittelt werden, wie hoch ſie verkauft werden könne, oder einſtweilen außer Anſatz bleiben, jedoch für den Fall des Eingangs der Legatar durch Caution ſicher geſtellt werden. Voorda VIII. 6. Daſſelbe ſcheint zu gelten, wenn die Einziehung einer vorhandenen Forderung durch eine bloße Zeitbeſtimmung aufgeſchoben wird. Denn ſchwerlich läßt ſich annehmen, daß eine tempore mortis noch nicht fällige Forderung gar nicht in Anſchlag komme. Am leichteſten iſt die Berechnung einer (unzinsbaren) Forderung, deren Zahlbarkeit auf einen dies certus fällt, wo das interusurium den Werth derſelben beſtimmt; vgl. Schweppe §. 906. 2) Der Fall, wenn der Erbe ſelbſt der Schuldner iſt. Dies Recht auf die qu. Falcidia hat hier dieſelbe Wirkung wie das benef. inventarii; die Wirkung der confusio wird beſchränkt und die Forderung kommt als Theil des Nachlaſſes in Anſchlag, l. 1. §. 18. l. 6. D. l. 6. pr. C. ad l. Falc., gleichviel ob der Erbe zahlungsfähig iſt oder nicht; ſ. oben sub 1. α). — Eine Anwendung dieſes Satzes ſ. l. 41. §. 2. D. de evict. 3) Auch die Forderungen, in Anſehung deren dem Schuldner liberatio legirt worden iſt, werden zu dem Beſtand des Nachlaſſes gerechnet. So entſchieden die not. f. angeführten Erkenntniſſe. 4) Ueber den Fall, wenn der ganze Nachlaß in einem activo beſteht, in Anſehung deſſen liberatio legirt worden iſt, ſ. l. 82. D. ad l. Falc.; vgl. Voorda XII. 2. Weſtphal §. 1203. Roßhirt S. 566.

n) d. §. ult. l. l. 8. pr. l. 5. §. 5. D. l. 6. pr. l. 7. C. ad l. Falc. Roßhirt S. 546. Wenn das aes alienum die activa überſteigt, ſo fällt die Verpflichtung, Legate zu bezahlen, gänzlich hinweg, l. 66. §. 1. D. l. 16. C. ad l. Falc. Selbſt wenn der Erbe eine inſolvente Erbſchaft verkauft, und durch die Thorheit oder Gutwilligkeit des Käufers etwas gewonnen, oder durch Accord mit den Gläubigern einen Ueberſchuß behalten hatte, iſt der Erbe nicht gehalten, von dieſem Gewinn etwas auf die Legate zu bezahlen, l. 3. pr. §. 1. D. ad l. Falc. Eine Ausnahme ſoll gelten, wenn der Verkauf oder der Accord auf Anordnung des Erblaſſers erfolgt iſt, Dinkler l. l. §. 26. 27. Bei bedingten und Correalſchulden ſind die l. 73. §. 1. l. 62. pr. D. ad l. Falc. aufgeſtellten

Grundſätze anzuwenden. Auch das, was der Erblaſſer dem Erben ſchuldig war, kann dieſer im Voraus abziehen, ſo daß auch hier die Wirkung der confusio ausgeſchloſſen bleibt, l. 6. 15. §. 3. 4. l. 85. D. l. 6. pr. l. 8. 14. C. ad l. Falc. Doch ſcheint nach l. 15. §. 4. ſchon in dem ältern Recht dem Erblaſſer geſtattet geweſen zu ſeyn, einen ſolchen Abzug zu verbieten. Zu dem quod heredi debetur gehört auch nach Befinden der Pflichttheil. Der Pflichttheil, der dem nicht onerirten Erben gebührt, iſt jeden Falls als aes alienum anzuſehen; was aber den Pflichttheil des onerirten Erben anlangt, ſo fragt ſich, ob dieſer neben dem Pflichttheil auch noch die qu. Falcidia abziehen könne? eine Frage, welche Roßhirt S. 549. nach römiſchem Recht verneinen, nach canoniſchem Recht bejahen zu müſſen glaubt; vgl. §. 808. A. M. iſt Mühlenbruch §. 750. not. 6. In Sachſen hat das Ober-App.-Ger. dafür ſich entſchieden, daß neben dem Pflichttheil die qu. Falcidia nicht abgezogen werden könne. Bekanntm. v. 6. März 1836. §. 3. GS. n. 65. Es ſcheint jedoch dieſe Meinung auf den Fall beſchränkt werden zu müſſen, wenn der Notherbe alleiniger Erbe iſt. Wäre er bloß Miterbe, ſo könnte er wegen der Legate, die nicht nominatim von den übrigen Erben hinterlaſſen ſind, pro rata belangt werden, §. 699. und wäre dann gewiß auch berechtigt, den ihm von dem Miterben zu gewährenden Pflichttheil auch gegen die Legatare durch verhältnißmäßigen Abzug zu decken, §. 790.

o) d. §. ult. I.; vgl. auch l. 1. §. ult. l. 2. D. ad l. Falc. Eine Ausnahme gilt in dem Fall, wenn der Erbe ſchon aus einem andern Grund zur Beſtreitung der Leichenkoſten gehalten war, wie der Ehemann, welcher die Frau beerbt; l. 6. ib. j. l. 27. pr. D. de reliq. Dinkler §. 19.

p) Dahin gehören auch die Koſten, welche auf Realiſirung der Maſſe verwendet worden ſind, l. 72. D. ad l. Falc. Auch will man nach Analogie der l. ult. §. 9. C. de jure delib. die Koſten, welche wegen Publication des Teſtaments und Fertigung des Inventars erwachſen ſind, hierher rechnen; wiewohl nicht recht einzuſehen iſt, warum dergleichen Koſten dem Erben gar nicht zur Laſt fallen ſollen. Was den zur Erhaltung der Maſſe nothwendigen Aufwand anlangt, ſo kann derſelbe nach ſächſ. Recht nur inſofern derſelbe ante tricesimum gemacht worden iſt in Betracht kommen. Was von Gebühren des executor testamenti geſagt worden iſt, gilt namentlich von denen, welche wegen Abentrichtung der Legate erwachſen ſind, nicht aber von dem Legat, welches demſelben ausgeſetzt worden iſt; ſo entſchieden die not. f. erwähnten Erkenntniſſe. Der Aufwand, welchen der Erbſchaftsantritt dem onerirten Erben veranlaßt hat, iſt wohl in keinem Fall zu berückſichtigen. Das Gegentheil ward in den ältern Ausgaben dieſes Werks, obwohl ohne Anführung beſonderer Gründe, angenommen.

q) l. 74. 91. D. ad l. Falc.; vgl. über das letztere Geſetz Vallius ad l. 91. D. ad l. Falc. in Otton. thes. I. p. 438. Cujac. VIII. obs. 4. Merenda controvers. XVII. 4. J. Ch. Bach. de iis, quae imput. in quartam fideic. ad l. 91. D. ad l. Falc. L. 1756. in deſſen opusc. Bolley Verſ. über l. 91. D. ad l. Falc. und die damit in Verbind. ſtehenden Geſetze, im Tübinger crit. Arch. f. Rechtsmat. III. 1. Weſtphal §. 1336. Roßhirt a. a. O. §. 16. S. 572. In sp. gehören dahin die ungültigen Legate, welche bei der Maſſe verbleiben, l. 11. pr. §. 1. l. 50. 51. 52. pr. §. 1. l. 76. §. 1. D. ad l. Falc. (daß wenn das leg. speciei ob interitum rei wegfällt, dies keinen Einfluß auf die qu. Falcidia habe, ſ. not. e.; vgl. auch Voet. ad Pand. XXXVI. 2. §. 8.), ingleichen die fructus der legirten Sache (vorausgeſetzt, daß dies eine zur Erbſchaft gehörige Sache iſt), welche gezogen werden, ehe die Sache an den Legatar kommt; l. 15. §. 6. l. 1. 24. §. 1. l. 45. pr. l. 73. §. 4. l. 88. §. 3. D. ad l. Falc. (über das letztere Geſetz vgl. Voorda IX. 8. S. 225.), was in Sachſen auf die bis zu dem 30ſten gezogenen fructus zu beſchränken iſt; vgl. oben §. 782. 783. Daß dies nicht auf die fructus der Erbſchaft, welche die ganze Maſſe, nicht bloß die quarta des Erben mehren, bezogen werden müſſe, ſ. Roßhirt S. 574. u. oben not. d.

r) l. 15. §. 7. l. 21. l. 40. §. 1. l. 74. 91. pr. D. ad l. Falc.; vgl. Pfordten. de praeleg. cap. 6. §. 27. Roßhirt S. 282. 572. Eingerechnet wird in die quarta der Theil, den der Erbe jure heredis retinirt; der Theil aber, den er jure legali beziehet, eben ſo wenig als ein andres dem Erben hinterlaſſenes Legat, oder donatio mortis caussa; vgl. §. 749. not. c., obgleich von dieſen ebenfalls quarta Falcidia abzuziehen iſt, l. 29. 74. D. ad l. Falc. Nur in dem Fall, wenn Miterben gegenſeitige Prälegate hinterlaſſen worden ſind, und der eine noch außerdem andere Legate zu gewähren hat, iſt er dem andern Miterben gegenüber verbunden, dasjenige ſich anrechnen (compensare) zu laſſen, was er zu Ergänzung der quarta den andern Legataren abgezogen hat, l. 22. 94. D. ad l. Falc.

rr) Vorauszuſetzen iſt ein Legat, für welches ein beſtimmter Werth überhaupt ermittelt werden kann, ſonſt iſt natürlich ein Abzug der quarta nicht möglich; a. l. 22. §. 4. D. l. 15. C. ad l. Falc., außer dem in dieſem Geſetz angeführten Fall kann dies vorkommen, wenn ein factum, eine servitus urbana, oder ein Pfandrecht, von den Schuldnern dem Gläubiger legirt wird. Hier iſt nicht einmal die not. w. erwähnte Werthsermittelung immer möglich.

s) l. 56. §. 5. D. ad l. Falc. Hofacker §. 1516. Der Satz iſt allerdings richtig, inſofern nicht etwa das Gegebene als eine anticipirte Erbportion angeſehen werden muß. Roßhirt S. 571. Allein das angezogene Geſetz beweiſet dies nicht, ſondern vielmehr

das Gegentheil in dem Fall, wenn der Erbe von dem Erblaſſer inter vivos etwas empfangen hatte, damit er die Legate voll bezahle. — Eben ſo wenig wird in die quarta das eingerechnet, was der Erbe conditionis implendae caussa erhält; l. 21. pr. l. 30. §. 7. l. 76. pr. l. 93. D. ad l. Falc. Nicht daſſelbe gilt, wenn das, was der Legatar zu zahlen hat, als ein Aequivalent für das Legat anzuſehen iſt. Iſt dies Aequivalent dem Werth des Legats angemeſſen, ſo iſt eigentlich ein Fall des Abzugs gar nicht vorhanden, obgleich das legatum ſelbſt nicht immer pro inutili gehalten werden darf, l. 65. D. ad l. Falc.; beträgt es weniger, ſo iſt der Mehrbetrag des Werths Gegenſtand des Legats, von dieſem allein wird die qu. Falcidia berechnet, l. 87. D. ad l. Falc.; das, was der Legatar herauszahlt, kommt zunächſt zu der Erbmaſſe, kann aber auch, wenn das fragliche Legat das einzige iſt, unmittelbar in die quarta des Erben eingerechnet werden. Dies ſcheint der Sinn der l. 19. D. ad l. Falc.; vgl. Husmann. paradoxa ad l. Falc. XIV. in Otton. thes. IV. fol. 1726. J. Altamiran. et Velasquez comm. in priores XIII. libror. quaest. Q. Cervidii Scaevolae VI. 6. in Meermann. thes. II. p. 496. Jensii stricturae ad Pandect. pag. 324. Etwas Aehnliches gilt in dem Fall der l. 21. pr. ib.; vgl. Jensius l. l. p. 325. Ueber Einrechnung deſſen, was der Erbe durch Verkauf der Erbſchaft oder Vergleich mit den Gläubigern gewinnt, vgl. not. n.

t) Dies gilt auch in dem Fall, wenn ein exigibiles nomen legirt worden iſt. Nur wenn über den Werth der Münzſorten, oder über den Kurs Zweifel entſtehen, kann auch hier eine Werthsermittelung vorkommen. Eben ſo kann bei einer dem Erblaſſer zugehörig geweſenen und in dem Nachlaß vorgefundenen Sache eine beſondere Werthsermittelung nöthig werden, wenn dieſe Sache unter gewiſſen Beſchränkungen vermacht worden iſt; vgl. not. v. x.

u) Alſo namentlich, wenn 1) res aliena, namentlich eine Sache des Erben, 2) ein erſt zu beſtellendes Recht, wie eine Servitut, 3) ein factum den Gegenſtand des Legats ausmacht.

v) Dies kann in manchen Fällen zweifelhaft werden: 1) wenn zwar eine res propria des Erblaſſers, aber gegen Entrichtung eines Aequivalents legirt worden iſt, l. 19. 87. pr. D. ad l. Falc.; vgl. not. s. l. 30. §. 1. D. ib., über welches zu vergleichen Voorda IX. 7. Weſtphal §. 1252. Roßhirt S. 568. u. A. das Angeführte. Dasjenige, was nicht eigentlich als Aequivalent, ſondern conditionis implendae caussa gegeben wird, mindert das Legat nicht; l. 40. §. 1. l. 76. pr. D. ad l. Falc.; 2) bei einem leg. alternativum; namentlich wenn res oder pretium legirt worden iſt. Es muß hier natürlich eine Wahl Statt gefunden haben. Hat aber der Erbe die Wahl, ſo iſt vor allen Dingen quaestio facti, ob ein wahres

alternatives Legat, plura legata (§. 780.), oder nur der Fall eines einfachen Legats, von deſſen Leiſtung der Erbe ſich losmachen kann, wenn er etwas anders gewährt, vorliegt? Im letztern Falle iſt eigentlich nur das legirt, quod in praestatione est, nicht aber auch das, durch deſſen Gewährung der Erbe von der Leiſtung ſich los-machen kann. Die Sache war indeß von Wichtigkeit nur als die mortis caussa capio dem Abzug der Falcidia unterlag; und auch hier nahmen Einige an, daß das urſprüngliche Legat in dem Fall der mora des Onerirten in ein anderes verwandelt werde, welches die für den Fall der mora beſtimmte Leiſtung zum Gegenſtand hat; vgl. die §. 780. angef. Geſetze. Nach neuerm Recht gilt demnach das als Legat, was der Erbe wirklich präſtirt, oder wegen der mora zu präſtiren gehalten iſt; vgl. Roßhirt S. 551.; 3) wenn res aliena legirt worden iſt; hier bildet die Summe, welche der Erbe zu Erwerbung dieſer Sache aufgewendet hat, den Gegenſtand des Legats; d. l. 30. §. 1.; 4) was der Erbe durch ſein Verſchulden mehr hat aufwenden müſſen, um den Legatar zu befriedigen, kommt überall nicht in Anſchlag, l. 60. pr. l. 61. D. ad l. Falc. Von dem Fall, wenn ohne Verſchulden des Erben das Legat an Werth verloren hat, ſ. l. 30. §. 2—6. D. ad l. Falc.; vgl. not. e.; 5) wenn durch eine beigeſetzte Bedingung oder eine Zeitbeſtimmung die Entrichtung des Legats hinausgeſchoben wird, ſo iſt erſtern Falls die Sache durch Cautionen auszugleichen; vgl. §. 791. Im letztern Fall ſoll das interusurium bei Berechnung der quarta in Anſchlag gebracht werden, l. 45. pr. l. 55. D. ad l. Falc. l. 1. §. 7. l. 3. §. 2. 3. D. si cui plus quam l. Falcid. Voetius ad Pand. XXXV. 2. §. 8. Boehmer. diss. de leg. puris et non puris praecip. int. qu. Falcidia §. 31. sqq., in deſſen exerc. ad Pand. Roßhirt S. 556. 563. Die Anwendung dieſer Beſtimmungen wird in Sachſen wegen dec. 12. v. J. 1746. zweifelhaft; vgl. §. 783. — Iſt mehr als ein zum Abzug der quarta Falc. geeig-netes Legat vorhanden, ſo muß, um zu ermitteln, ob die quarta dem Erben verbleibe, der Betrag ſämmtlicher Legate, welche dem Abzug unterliegen, zuſammengerechnet und die ſolchergeſtalt ſich er-gebende Summe von dem Beſtand der Erbſchaft abgezogen werden. Das was hiernach als Deficit rückſichtlich der dem Erben gebüh-renden quarta ſich ergiebt, wird unter die ſämmtlichen Legatare pro rata vertheilt. Bei der Beſtimmung des Werths eines einzelnen Legats können übrigens außer dem Erben und dem mit dem frag-lichen Legat Honorirten auch die andern Legatare intereſſirt ſeyn, damit theils überhaupt der Werth dieſes Legats feſtgeſtellt und hier-mit die Entrichtung der ihnen gebührenden Legate möglich gemacht, theils der Werth nicht auf eine Weiſe beſtimmt werde, welche ſie in Nachtheil verſetzen und zu einem höhern Beitrag verpflichten könnte.

w) vgl. not. e. und was den Verkaufspreis betrifft, l. 45. §. 1. l. 55. D. ad l. Falc.

x) vgl. l. 7. 80. §. 1. D. ad l. Falc. Voorda XII. 9. Ueber den Fall, wenn eine servitus zugleich mit dem fundus, dem ſie zuſteht, legirt worden iſt, l. 23. D. ad l. Falc. und über dies Geſetz Voorda l. l. §. 10. A. Faber conject. IV. 6. Weſtphal §. 1309. Roßhirt S. 565. Am ſchwierigſten wird die Ausmittelung des Werths ſeyn, wenn eine servitus urbana oder ein Pfandrecht Gegenſtand des Legats iſt; vgl. not. rr.

y) l. 68. D. ad l. Falc.; vgl. mit l. 1. §. 7. 9. 16. l. 3. §. 2. l. 47. pr. l. 55. ib. Voorda IX. 2. sq. XII. 13. 14. Weſtphal §. 1310—1315. Konopack Beiträge z. Berechn. d. Falc. Quart. Roſtock 1811. Schmelzer. de computatione vitae ejusque usu forensi. Gölting. 1788. M. G. Bauer. de legato usufr. cap. 5. p. 42. sqq. Hommel. obs. 741. Fritz in Grolmann und Löhr Magazin IV. 16. Roßhirt S. 552. Die drei angef. Geſetze l. 47. pr. l. 55. l. 68. pr. ſtellen eben ſo viel verſchiedene Berechnungsarten auf. Nach l. 47. werden die einzelnen Legate gezahlt, ſo lange die quarta dem Onerirten verbleibt. Stirbt der Honorirte während dieſer Zeit, ſo findet natürlich kein Abzug ſtatt; überlebt derſelbe dieſen Zeitraum, ſo tritt der Fall des Abzugs ein und zwar ſo, daß hierbei auch die bereits gezahlten Poſten in Anſchlag kommen. Nach l. 68. pr. iſt mit Hülfe der daſ. angeführten Mortalitätstabellen der Zeitpunct des Todes des Legatars feſtzuſtellen, und hiernach der Werth des Legats, das nunmehr einen beſtimmten terminus ad quem erlangt hat, zu beſtimmen. Welche der beiden in dem Geſetz erwähnten Mortalitätstabellen zu Grunde zu legen ſey, darüber iſt von jeher geſtritten worden. Die erſte genauere ſoll nach der Gloſſe, welcher auch Fritz a. a. O. 11. beipflichtet, die allgemein anwendbare, die letztere bloß für Berechnung des Werths des leg. ususfr. gültig ſeyn. Andere nehmen an, daß die erſte Berechnung in dem Geſetz verworfen und die zweite bequemere die allein gültige ſey. Dagegen gilt nach Schweppe §. 907. Konopack a. a. O. Abſchn. 1.: die erſte Berechnungsweiſe. Das Geſetz ſelbſt ſcheint beide Berechnungsarten als praktiſch brauchbar anzuerkennen, obgleich im Zweifel gewiß die genauere angewendet werden muß; vgl. Roßhirt S. 559. Eine andre Mortalitätstabelle findet ſich bei Süßmilch: die göttliche Ordnung der Dinge in der Veränderung des menſchlichen Geſchlechts. Berlin 1788., abgedruckt bei Thierfelder Leibzuchtscontr. Leipz. 1827. S. 127.; vgl. auch Krancke Handb. der Arithmetik II. §. 318. Die angef. l. 55. endlich will ermittelt wiſſen, quanti venire id legatum possit? Allein dieſer Werth kann nicht anders als durch Ermittelung der wahrſcheinlichen Dauer des Legats, mithin nur auf die l. 68. erwähnte Weiſe gefunden

werden. Demnach bleiben eigentlich nur zwei verſchiedene Berechnungsweiſen für Legate der hier in Frage ſtehenden Art, die der l. 47. und die der l. 68.; von denen aber jene nur dann anwendbar iſt, wenn nicht neben dem in Frage ſtehenden Legat auch Andere dem Abzug der Quarta unterliegende Legate vorhanden ſind, Fritz §. 5. Was dieſe Berechnungsweiſe anlangt, ſo entſteht wiederum die Frage, ob auf dieſe Weiſe der Werth des Legats definitiv oder nur proviſoriſch, d. h. ſo daß, wenn der Erfolg von der angenommenen Zeit des Todes abweicht, eine Correction eintrete, beſtimmt iſt. Das Letztere behauptet Fritz a. a. O.; das Erſtere mit beſſern Gründen Roßhirt S. 561.; und ſo entſchied auch im Decbr. 1836. das App.-Gericht zu Leipzig; während die Juriſten-Fac. zu Leipzig der entgegengeſetzten Anſicht beigepflichtet hatte. Geſetzt nun, der Legatar tritt aus irgend einem Grunde nicht ſofort post mortem testatoris in den Genuß des Legats, ſo fragt ſich, von welchem Zeitpunct an der Zeitraum berechnet werden müſſe, während deſſen der Legatar noch als lebend angenommen wird? Der letztern Anſicht zu Folge entſcheidet die Zeit des Todes des Erblaſſers; nach der erſtern würde die Zeit zu berückſichtigen ſeyn, zu welcher die Berechnung erfolgte oder erfolgen mußte. Uebrigens ſpricht d. l. 68. zwar bloß von alimentis legatis, deſſenungeachtet iſt es aber auf alle andre Legate, welche in wiederkehrenden Leiſtungen beſtehen, anzuwenden. Fritz §. 7. 8. Auch wird in praxi die l. 68. auf andre Fälle angewendet, in denen es um Ermittelung des Werths ſolcher annuae praestationes ſich handelt. So war in der Streitſache, über deren Entſcheidung ſo eben geſprochen worden iſt, nicht eigentlich von einer Berechnung zum Behuf der qu. Falcidia, ſondern von Ermittelung des Werths eines Auszugs die Rede, der in eine Erbportion eingerechnet werden ſollte; vgl. auch des Herausg. Schrift, die Lehre von dem Auszug. Leipz. 1834. §. 1. not. 7. Ueber Berechnung bei dem leg. ususfr. iſt noch zu vergleichen l. 1. §. 9. D. ad l. Falc. Iſt eine universitas mit einem ſolchen Legat bedacht, ſo enthält im Allgemeinen l. 3. §. 2. D. ad l. Falc., über welche zu vergleichen Roßhirt S. 557. die Norm der Berechnung; für den Fall des ususfr. legatus ſoll aber nach d. l. 68. pr. a. E. eine 30jährige Dauer angenommen werden. — Daß das bisher Geſagte nicht anwendbar iſt auf Vermächtniſſe, welche nur ein einziges in Terminen zahlbares Legat bilden; daß vielmehr hier nur das not. v. Geſagte in Anwendung kommt, ſ. l. 32. §. 3. D. ad l. Falc. l. 3. §. 2. D. si cui plus quam per l. Falc. Roßhirt S. 554. Dagegen fragt ſich, ob die angegebene Berechnungsweiſe Platz greife, wenn zwar wiederkehrende Leiſtungen, aber für einen beſtimmten Zeitraum, z. B. auf 10 Jahre, hinterlaſſen worden ſind? Vorausgeſetzt, daß dergleichen Leiſtungen auch vor Ablauf des beſtimmten

Zeitraums durch den Tod des Honorirten in Wegfall kommen, ſcheint allerdings dieſelbe Ungewißheit einzutreten, wie in dem Fall, wenn gar keine nähere Zeitbeſtimmung beigefügt worden iſt, mithin wenigſtens ermittelt werden zu müſſen, ob der Legatar den Ablauf des Zeitraums überleben werde. Auf der andern Seite ließe ſich vielleicht ſagen, daß durch die Beifügung des beſtimmten Zeitraums der Erblaſſer ſelbſt den Maaßſtab für die anzuſtellende Berechnung gegeben habe, was er wenigſtens nach der in dem neuern Recht ihm zugeſtandenen Befugniß, den Abzug der quarla ganz zu unterſagen, wohl könnte. Alle dieſe Bedenklichkeiten fallen dagegen weg, wenn der Tod des Legatars auf die Fortdauer des Legats während des beſtimmten Zeitraums keinen Einfluß hat.

z) l. 1. §. 9. l. 7. §. 1. l. 73. §. 5. l. 80. §. 1. l. 81. pr. D. ad l. Falc. Voorda XII. 1. sqq.

aa) Vgl. §. 791.

§. 790.

Sind mehrere Erben [a]) und zwar A) als gleichzeitig concurrirende Miterben eingeſetzt, ſo iſt 1) jeder derſelben, wenn er mit Vermächtniſſen übermäßig beſchwert worden, den Legatarien ſo viel abzuziehen befugt, als ihm an dem vierten Theil der ihm zukommenden Erbportion ermangelt, wenn auch gleich ein andrer Miterbe mehr als den vierten Theil der ganzen Erbſchaft von Vermächtniſſen frei haben ſollte [b]). Wenn hingegen 2) von mehrern Erben einer ſeinen Antheil ausſchlägt, und dieſer dem Miterben zuwächſt, ſo unterſcheide man, ob eine mit Vermächtniſſen beſchwerte Erbportion einem Erben zuwächſt, deſſen Erbtheil nicht mit Vermächtniſſen beſchwert iſt, oder umgekehrt. Im erſtern Falle (si portio gravata accrescit non gravatae) iſt der Erbe, welchem der Antheil des Andern zuwächſt, zum Abzug der qu. Falcidia eben ſo wohl berechtigt, als es jener war, welcher ihn ausſchlug. Im andern Falle aber (si portio non gravata accrescit gravatae) muß der Erbe den zuwachſenden Antheil mit dem ſeinigen zuſammenrechnen, und darf, wenn er nun den vierten Theil des Betrags der verbundenen Erbportionen von Vermächtniſſen frei hat, die falcidiſche Quart nicht abziehen [c]). Was B) die quarta Falcidia in Subſtitutionsfällen anlangt [d]), ſo iſt A) im Allgemeinen zu bemerken: 1) der Subſtituirte gilt als heres

sub conditione institutus [e]); 2) auch er rechnet nur das in die quarta ein, was er als Erbe erhält, nicht alſo die ihm ausgeſetzten Legate [f]). 3) In Anſehung der Legate ſind hier legata ab instituto und legata a substituto zu unterſcheiden. Jene kommen in Betracht, inſofern der Subſtituirte zu Entrichtung derſelben gehalten iſt; dieſe werden als legata sub conditione relicta behandelt [g]). Sind gleichzeitig beide Arten von Legaten vorhanden, ſo findet in der Regel Zuſammenwerfen der Legate Statt. Betrachtet man B) insbeſondere a) die subst. pupillaris, ſo finden ſich außer den obenerwähnten allgemeinen Sätzen folgende in mehrern zum Theil höchſt ſchwierigen Geſetzen [h]) enthaltene Sätze, die mit der eigenthümlichen Natur der subst. pupill. zuſammenhängen: 1) auch hier iſt bei Berechnung der qu. Falc. die Zeit des Todes des Teſtirers ſowohl für die Ermittelung des Nachlaſſes als des Betrags der Legate entſcheidend [i]); 2) obgleich zwei Nachläſſe und zwei Teſtamente vorzuliegen ſcheinen, ſo iſt doch die quarta nur einmal abzuziehen [k]); 3) die legata a pupillo relicta ſind von dem Subſtituirten als aes alienum zu entrichten [l]). 4) Insbeſondere iſt hierbei noch zu erwägen α) die Frage, unter welchen Umſtänden eine Verkürzung des Subſtituirten angenommen werden könne. Die Verkürzung kann ſowohl durch legata, die dem Pupill auferlegt worden ſind (legata primis tabulis relicta), als durch legata, mit denen der Subſtituirte belaſtet worden iſt (legata secundis tabulis relicta) herbeigeführt werden. Sie tritt aber auch in dem Falle, in welchem Legate beiderlei Art vorkommen, dann ein, wenn beide zuſammengerechnet drei Viertheile des Nachlaſſes überſteigen [m]). Dabei bleibt natürlich, wenn der Pupill einen Miterben hat, der Antheil dieſes Miterben außer Berechnung [n]). Sind dem Pupillen mehrere ſubſtituirt, ſo kann durch die nothwendige Zerfällung des Nachlaſſes in mehrere Erbtheile für jeden der mehrern Subſtituirten eine Beſchwerung und daher ein Befugniß, die quarta abzuziehen, eintreten, wenn auch gleich der Geſammtbetrag der Legate nicht drei Viertheile des Nachlaſſes überſchreiten ſollte [o]).

Iſt aber Letzteres der Fall, ſo kann ſowohl der ſubſtituirte Erbe, deſſen Antheil durch legata, mit denen er belaſtet worden iſt, überſchwert wird, als der, für welchen die Beſchwerde erſt durch Zuſammenwerfen der ihm auferlegten Legate mit den legatis a pupillo relictis entſteht, die quarta abziehen [p]). β) Da bei der subst. pup. die Verhältniſſe gewöhnlich nicht ſo ſich geſtalten, daß man zu der Zeit, zu welcher dem Pupill die Erbſchaft anfällt, wiſſen kann, ob legata secundis tabulis relicta vorhanden [q]) ſind, ſo iſt die quarta des Subſtituirten durch Caution ſicher zu ſtellen [r]); γ) bei der subst. pup. gelangt der Nachlaß oft geraume Zeit nach dem Tode des Teſtirers an den Subſtituirten. Deſſenungeachtet bleibt es auch hier bei der Regel, daß die quarta nach der Zeit des Todes des Teſtirers zu beſtimmen ſey, ſo daß es von keinem Einfluß iſt, wenn dieſelbe während des Lebens des Pupillen ihrem Betrag nach verändert worden iſt [s]), δ) wenn einem enterbten Pupill ſubſtituirt worden iſt, ſo kann weder dieſer, noch ſein substitutus mit Legaten beſchwert werden, wenn nicht der erſtere dem eingeſetzten Erben ſubſtituirt worden iſt, und wirklich den Nachlaß jure substitutionis erlangt [ss]). — b) Bei der subst. vulgaris geſtalten ſich die Verhältniſſe weit einfacher [t]); dagegen iſt zu bemerken, daß bei derſelben nicht unter allen Umſtänden der Subſtituirte zu Entrichtung der legata ab instituto verpflichtet iſt [u]). Beide Arten der Subſtitution haben mit einander gemein, daß in der Regel der sub A. 2. angeführte Satz gilt, wenn durch Subſtitution die Portionen zweier Miterben in einer Perſon vereinigt werden [v]). Was den Satz sub A. 1. anlangt, ſo kann er in Subſtitutionsfällen natürlich nur da in Anwendung kommen, wo nicht ein Zuſammenwerfen der verſchiedenen Erbportionen eintritt [w]).

a) Bei den Beſtimmungen, von denen in dieſem §. gehandelt wird, kommt vornehmlich in Frage, ob in Anſehung der Legate, welche auf verſchiedene Erbtheile oder verſchiedene Erben angewieſen worden ſind, oder der verſchiedenen Erbtheile ein Zuſammenwerfen (contributio, confusio calculi s. rationis, communi calculo subjicere, miscere) oder ein Auseinanderhalten (separare,

in singulis rationem ponere) Statt finde; vgl. über dieſe Ausdrücke l. 11. §. 5. 6. 7. 8. l. 79. l. 84. §. 4. 8. D. ad l. Falc. Wenn das Zuſammenwerfen mehrerer Erbportionen die Folge hat, daß dadurch der Betrag der abzuziehenden quarta vermindert, oder gar auf Null reducirt wird, ſo nützt dies natürlich den Legaten, proficit legatariis, augentur legata, d. l. 87. l. 1. §. 13. ib.

b) §. 1. I. l. 77. D. ad l. Falc. Wenn einem Erben mehrere Erbportionen ausgeſetzt worden ſind, ſo werden immer die verſchiedenen Erbportionen, ſo wie die darauf angewieſenen Legate, zuſammengeworfen; l. 1. §. 13. l. 11. §. 7. l. 87. §. 3. D. ad l. Falc.

c) l. 1. §. 14. l. 78. D. ad l. Falc. Kapf. de detract. Falcidiae portione gravata vel non gravata coheredis accrescente. Tubing. 1760. habe ich nicht vergleichen können; vgl. Weſtphal §. 1151 ff. Schweppe §. 905. S. 323. Roßhirt S. 323. Ueber Anwendung auf heredes ex re certa Volkmann. de herede ex re certa scr. §. 14. Ein durchgreifender Grund für dieſe Verſchiedenheit, die ſchon bei den ältern römiſchen Juriſten nicht überall Eingang gefunden hatte, läßt ſich ſchwerlich angeben, obgleich mehrere, namentlich Donell. comm. VIII. 23. einen ſolchen nachzuweiſen ſich bemüht haben. In dem Fall, wenn die der portio gravata auferlegten Legate nicht nominatim von einem dafür beſtimmten Erben, ſondern mit der Verordnung quisquis mihi heres erit, verlaſſen worden ſind, ſcheint übrigens ein Zuſammenwerfen der Legate Statt zu finden, a. l. 1. §. 13. D. ad l. Falc.; vgl. Donell. l. l. Was Rechtens ſey, wenn die Portionen beider Erben überſchwert ſind? darüber findet ſich keine allgemeine Entſcheidung. Darf man l. 87. §. 8. D. ad l. Falc., die freilich nur von dem Fall ſpricht, in welchem der Miterbe eines pupillus deſſen Antheil jure substitutionis pupillaris erhält, hierher beziehen, ſo findet Zuſammenwerfen der Erbportionen und der Legate Statt. Nach ſächſiſchem Recht haben natürlich dieſe Sätze durch die Beſchränkung des jus accrescendi inter coheredes viel von ihrer praktiſchen Bedeutung verloren. Uebrigens iſt der im §. erwähnte Fall nur eine einzelne species der verſchiedenen Fälle, in denen zwei Erbportionen in einer Perſon vereinigt werden. Außer dieſem und dem not. b. erwähnten Fall kann dies eintreten: 1) durch die gewöhnliche successio; wenn der eine Miterbe den andern beſchwerten, der ſeinen Antheil bereits erworben hat, beerbt; hier findet separatio portionum Statt, l. 1. §. 15. D. ad l. Falc. l. 14. §. 3. ib. Daſſelbe gilt in dem Fall, wenn der Miterbe den Miterben, nachdem dieſer bereits ſeinen Antheil erworben hat, arrogirt, d. l. 1. §. 15. 2) Vermittelſt der Subſtitution, wenn entweder ein Miterbe dem andern, oder mehrern eingeſetzten Erben ein einziger ſubſtituirt worden iſt; davon in dem Folgenden mehr. 3) Beſonders nach römiſchem Recht gehörte hierher der Fall, wenn jure

potestatis der Antheil des Miterben an den andern fällt; vgl. l. 21. §. 1. l. 25. pr. D. ad l. Falc. und darüber B. Chesii interpr. II. 13. in Heineccii Jurispr. rom. et attica tom. II. Donell. l. l. Voorda XI. 1. Voet. XXXV. 2. §. 21. Hier iſt der im §. erwähnte Satz angewendet.

d) Eine an mehrern Orten rühmlich erwähnte diss. von J. Becht a Bernstorff de ratione Falcidiae in singulis heredibus maxime substitutis ponenda. Götting. 1754. habe ich nicht vergleichen können; vgl. übrigens Schweppe §. 905. Roßhirt S. 532.

e) l. 41. §. 6. D. de V. et P. S. l. 1. §. 13. D. ad l. Falc.

f) l. 60. pr. l. 87. §. 7. D. ad l. Falc.

g) Ausdrücklich wird dies ausgeſagt in dem Fall der subst. pupill. in l. 11. §. 5. l. 79. 87. §. 8. D. ad l. Falc.; es folgt aber auch daraus, daß der Subſtituirte ſelbſt als heres sub conditione institutus angeſehen wird; vgl. not. e. Man bemerke übrigens, daß die legata a subst. relicta hiermit noch nicht für eigentliche wahre bedingte Legate ausgegeben, ſondern nur den bedingten Legaten gleichgeſtellt werden.

h) Dahin gehört beſonders l. 11. §. 5—7. l. 87. §. 4—8. D. ad l. Falc. Geſetze, die durch die Zuſammenſtellung bei Röẞhirt a. a. O. eben nicht an Deutlichkeit gewonnen haben. Beſonders ſchwierig iſt das erſtere von Papinian herrührende in den Basilicis XLI. §. 5. 6. pag. 363. in einem dürftigen Auszug wiedergegebene Geſetz, welches ſchon Duaren. de jure accr. cap. 8. zu den dunkelſten Stellen des corpus juris zählt; vgl. Cujac. obs. IV. 34—37. XV. 14. 15. quaest. Papin. IV. 34. Donell. l. l. Chesius interpr. II. 13. Voorda XI. 7. Wir glauben wenigſtens den Sinn dieſer Geſetze richtig wiedergegeben zu haben, wenn gleich manche Einzelnheiten in Darſtellung und Ausdruck gar nicht berührt werden konnten; vgl. Schweppe a. a. O. Die Anwendung der für die subst. pup. aufgeſtellten Sätze auf die subst. quasi pupill. zu machen, hat übrigens noch Niemand unternommen. Hier würde freilich die Annahme, daß in der subst. quasi pupillaris nur eine Art fideicommiſſariſcher Dispoſition liege, über manche Schwierigkeiten hinweghelfen, auf welche man bei der entgegengeſetzten Anſicht wenigſtens dann ſtößt, wenn ein Anderer als der Vater disponirt hat.

i) l. 11. §. 5. l. 79. (über welches zu vergleichen C. Rau ad l. 79. D. ad l. Falc. L. 1772.) l. 87. §. 8. D. ad l. Falc.

k) l. 11. §. 5. l. 87. §. 5. D. ad l. Falc. l. 1. §. 1. D. si cui plus quam per l. Falc. Francke Notherbenrecht. §. 36. S. 461. Es kann alſo nicht der Pupill von der väterlichen Verlaſſenſchaft, wegen der legata primis tabulis relicta, und der substitutus von der hereditas pupilli wegen der ihm auferlegten Legate die quarta

abziehen; ſondern es erfolgt Zuſammenwerfen der Legate und Berechnung der quarta nach dem Zeitpunct, zu welchem der Teſtirer ſtarb; d. l. 79. l. 87. §. 7.

l) l. 11. §. 5. D. ad l. Falc.

m) a. l. 87. §. 4. I. D. ad l. Falc. l. 1. §. 1. D. si cui plus quam per l. F.

n) l. 41. §. 6. D. de V. et P. S. l. 11. §. 7. D. ad l. Falc. l. 87. §. 5. ib.

o) l. 80. pr. D. ad l. Falc. l. 1. §. 3. D. si cui plus quam per leg. Falc. In dieſem Fall würde, wenn nur ein substitutus vorhanden wäre, gar kein Abzug eintreten, l. 11. §. 6. init. D. ad l. Falc., von zwei Subſtituirten aber kann immer nur der eine in den Fall kommen, wegen Beſchwerung die Falcidia abzuziehen, nicht bloß wenn er, wie die in den angef. Geſetzen erwähnten Beiſpiele zeigen, allein mit Legaten in tabulis secundis belaſtet worden iſt, ſondern auch, wenn die ihm auferlegten Legate mehr betragen als die dem andern auferlegten. Dagegen wird keiner beſchwert, wenn beide auf gleiche Weiſe belaſtet worden ſind. Die angef. l. 11. §. 6. beſeitigt die Zweifel, welche gegen die Statthaftigkeit eines Abzugs überhaupt aufgeſtellt werden konnten.

p) Dies ſcheint der Satz zu ſeyn, welcher die ſchwierige l. 11. §. 6. D. ad l. Falc., die bei Roßhirt a. a. O. ſo gut als gar nicht erklärt worden iſt, im zweiten Abſchnitt vorträgt. Sie ſetzt voraus, daß der Geſammtbetrag der Legate den dodrans überſteige, aliquid ultra dodrantem esse. Vorausgeſetzt wird ferner, daß ein gravamen nicht ſchon durch legata a pupillo relicta herbeigeführt worden ſey; denn der pupillus ſoll kein Recht haben die quarta abzuziehen. Der eine substitutus iſt oneratus, d. h. die Legate, die ihm auferlegt worden ſind, überſteigen den dodrans ſeiner Erbportion; er hat mithin ſchon darum ein Recht des Abzugs; der andre iſt nicht oneratus, d. h. ihm ſind zwar Legate auferlegt, allein nicht durch dieſe Legate, ſondern erſt durch die confusio derſelben mit den legatis a pupillo relictis wird für ihn eine Beſchwerde herbeigeführt, die ohne dieſe Vorausſetzung gar nicht eintreten könnte. Nun kann freilich, um ihm das Recht des Abzugs beizulegen, nicht, wie bei dem andern, der Satz geltend gemacht werden, daß er in Anſehung der ihm auferlegten Legate als institutus anzuſehen ſey, weil er ja doch auch als ſolcher, der Vorausſetzung gemäß, rückſichtlich dieſer ihm auferlegten Legate quartam salvam behalten würde. Dennoch wird als die gemeine offenbar auf den im §. unter 1. angeführten Satz gegründete Meinung angeführt, daß auch ihm das Recht des Abzugs zuſtehe; und um die Theorie mit der Praxis in Einklang zu bringen, angenommen, daß er, während der andre Subſtituirte, der oneratus, ſchon als

institutus zu dem Abzug berechtigt ſey, nur als substitutus, wegen der Verbindung der ihm auferlegten Legate mit den legatis a pupillo relictis, die als noch nicht bezahlt angenommen werden, das Recht auf die quarta anſprechen könne. Dieſe Erklärung hat jeden Falls das für ſich, daß ſie den einzig möglichen Fall darſtellt, in welchem unter den in dem Geſetz aufgeſtellten Vorausſetzungen beide substituti ultra dodrantem onerirt ſeyn können. Manches Einzelne läßt zwar Zweifel übrig; namentlich ſieht man nicht recht ein, was der in dem Geſetz hervorgehobene Umſtand, daß der Pupill die von ihm hinterlaſſenen Legate noch nicht bezahlt hat, für Einfluß haben könne, wenn man damit die im Text sub β. γ. vorgetragenen Bemerkungen vergleicht. Doch auf dieſe Einzelheiten einzugehen iſt hier nicht der Ort.

q) Vgl. §. 3. I. de pup. subst. l. 8. D. test. quemadm. aper.

r) l. 1. §. 12. l. 11. §. 6. in fin. l. 31. l. 80. pr. D. ad l. Falc. l. 1. §. 3. D. si cui plus quam per l. Falc. Doch wird die unterlaſſene Cautionsbeſtellung dem Subſtituirten nicht nachtheilig ſeyn, der entweder das zu viel Gezahlte von den Legatarien zurückfordern (vgl. §. 791.) oder nach Befinden auch die Vormünder des Pupillen in Anſpruch nehmen kann, l. 84. D. ad l. Falc.

s) l. 11. §. 5. D. ad l. Falc. l. 1. §. 3. D. si cui plus. Beträgt das, was der Pupill hinterläßt, weniger, als das, was der Teſtator hinterlaſſen hatte, ſo leidet der Subſtituirte Nachtheil. Hierbei entſteht die Frage, ob er zur Tilgung der Legate nur das, was er ſelbſt aus dem Nachlaß erhält, zu verwenden habe, oder auch aus ſeinem eigenen Vermögen zuſchießen müſſe? Das Erſte ſcheint l. 11., das Letztere l. 1. §. 3. zu behaupten; jenes vertheidigt Voorda XI. 7. p. 279. gegen Cujac. IV. obs. 35. Wird nun gleich die erſtere Meinung als die dem ältern röm. Recht angemeſſenere angenommen, ſo entſteht doch auch hier wieder die Frage, ob hierin nicht durch l. ult. C. de jure delib. eine Aenderung herbeigeführt worden, und namentlich in Sachſen wegen dec. 57. v. J. 1661. das Gegentheil anzunehmen ſey? Mehr hierüber §. 915.

ss) l. 87. §. 7. D. ad l. Falc.; dann tritt aber auch hier confusio legatorum ein, l. 11. §. ult. D. ad l. Falcid.

t) Der im Text sub 2. angegebene Satz verſteht ſich hier von ſelbſt und die sub 3. β. et γ. erwähnten Rückſichten ſind hier nicht zu nehmen. Dagegen ſcheint kein Bedenken, das sub 3. γ. Geſagte mutatis mutandis auch hier anzuwenden.

u) Nach neuerm röm. Recht iſt zwar in der Regel der substitutus verbunden, die legata ab instituto relicta zu gewähren, l. 74. D. de leg. 1. Doch leidet dies eine Ausnahme, si alia voluntas testatoris appareat.

v) In Anſehung der subst. vulgaris iſt dies ohne Einſchränkung wahr,

l. 1. §. 13. D. ad l. Falc. und dazu Donell. l. l.; l. 87. §. 4. ib. ſcheint zwar entgegen zu ſtehen, denn der hier erwähnte Fall, wenn der pupillus vor dem Teſtirer verſtorben war, iſt der Fall, wo die in der subst. enthaltene subst. vulgaris eintritt, und hier ſoll, wenn portio gravata an den ſubſtituirten, mit Legaten nicht belaſteten Miterben gelangt, Zuſammenwerfen der Legate Statt finden, da doch nach l. 1. §. 13. das Gegentheil angenommen werden müßte. Allein jene abweichende Meinung ſcheint wenigſtens nicht als allgemeine Regel für subst. vulgaris gültig zu ſeyn; vgl. Cujac. IV. obs. 35. XV. obs. 15. Chesius interpr. II. 13. Voorda XI. 5. In Anſehung der subst. pupillaris leidet jedoch der angegebene Satz manche Modificationen. Die angegebene l. 87. handelt von dem Fall der Vereinigung der portio pupilli und der portio des ſubſtituirten Miterben in der Perſon des letztern, und nimmt hier an: A) daß beide Erbportionen zuſammengeſchlagen und nach dem Geſammtbetrag die quarta Falcidia berechnet werden müßte, 1) wenn beide Portionen belaſtet ſind, l. 87. §. 8.; 2) wenn der allein onerirte Miterbe die portio non gravata des Pupillen erwirbt, l. 87. §. 5.; 3) wenn die portio gravata des Pupillen, der vor dem Teſtirer verſtorben iſt, an den nicht onerirten Miterben gelangt. Dagegen werden B) die portiones auseinandergehalten, wenn der Pupill Erbe des Vaters geworden iſt, und ſeine portio gravata an den nicht onerirten Miterben gelangt, d. l. 87. §. 4. In dieſer Stelle wird vorausgeſetzt, daß der den Vater überlebende Pupill ipso jure Erbe des Vaters werde; eine Vorausſetzung, die nach ſächſ. Recht, vgl. Erbgeſ. §. 124., nicht mehr gültig iſt. Dies führt zu der Frage, was nach ſächſ. Recht gelte, wenn der Pupill zwar von dem Vater eingeſetzt, aber nicht deſſen Erbe geworden iſt? Ohne Zweifel muß dies eben ſo angeſehen werden, als wenn der Pupill vor dem Vater verſtorben wäre; Erbg. §. 111. An abweichenden Anſichten hat es übrigens auch hier nicht gefehlt; wozu beſonders der Umſtand Anlaß gegeben hat, daß Einige das für Folge des jus accr. anſehen, was eigentlich Folge der substitutio iſt. Vgl. A. Faber. conject. IV. 13. XVIII. 15. Cleemann. de subst. cohered. reciproca, §. 12. 19. Daß die angegebenen Beſtimmungen auch für subst. reciproca gelten, ſ. l. 87. §. 6. D. ad l. Falc. Darin kommen beide Subſtitutionen überein, daß, wenn mehrere instituti vorhanden ſind und die Erbportionen derſelben in der Perſon eines gemeinſchaftlichen substitutus vereinigt werden, confusio portionum Statt finde und die quarta nach dem Geſammtbetrag berechnet werde, l. 14. §. 2. l. 87. §. 5. D. ad l. Falc. Nur iſt dabei vorauszuſetzen, daß der substitutus für beide jure substitutionis eintrete; denn hätte der eine institutus den andern vorher beerbt und ſeinen geſammten Nachlaß auf den Subſtituirten verfällt, ſo hätte letzterer bloß in Anſehung des Nachlaſſes

des zuletzt Verſtorbenen die quarta Falcidia anzuſprechen, d. l. 14. §. 3.; vgl. not. c.

w) Dies iſt der Fall 1) wenn von mehrern eingeſetzten Erben nur einem oder auch allen, aber jedem beſonders, ſubſtituirt worden iſt, l. 11. §. 6. D. ad l. Falc. l. 41. §. 6. D. de V. et P. S.; 2) wenn einem einzigen institutus mehrere ſubſtituirt worden ſind, l. 11. §. 6. D. ad l. Falc.; vgl. not. p. et t. In dem Fall, wenn die mehrern Portionen in einer Perſon vereinigt worden, treten dagegen die not. v. angegebenen Beſtimmungen ein.

§. 791.

Der Erbe hat zu Erhaltung der ihm gebührenden quarta das Recht der Retention [a]). Hat er aber die Legate bereits völlig ohne Abzug entrichtet, und es findet ſich hernach, daß er den vierten Theil der Erbſchaft nicht übrig behält, ſo unterſcheide man, ob er ex errore facti (weil er nämlich die Erbſchaft für wichtiger gehalten) oder ex errore juris (weil er von dem ihm dießfalls zuſtehenden Rechte nichts gewußt) die Zahlung geleiſtet hat. Im erſtern Falle kann er das zu viel Bezahlte condictione indebiti zurückfordern [b]), keinesweges aber im letztern Falle [c]). Iſt der Erbe über den wahren Beſtand der Erbſchaft noch ungewiß [d]), und daher zweifelhaft, ob der Abzug des falcidiſchen Viertheils Statt finde, ſo kann er von den Vermächtnißnehmern Sicherheitsbeſtellung verlangen, daß ſie ihm auf den Fall, da er den vierten Theil der Erbſchaft nicht übrig behalten ſollte, ſoviel, als ihm daran ermangelt, zurückgeben werden [e]). Uebrigens wird durch den Anſpruch des Erben auf die quarta Falcid. der Anſpruch des Legatars auf Gewährung der Nutzungen der legirten Sache und Verzinſung von Geldſummen wenigſtens nach ſächſiſchem Recht im Ganzen nicht verändert, obwohl immer nur der nach Abzug der quarta verbleibende Beſtand zu verzinſen iſt [f]).

a) l. 14. §. 1. l. 93. D ad l. Falc. l. 18. C. ib. Cujac. VIII. obs. 2. Bynkershoek. VII. obs. 7. Wieling. lect. jur. civ. II. 31. p. 250. Kahle de remediis juris ad consequ. Qu. Falcid. comp. Götting. 1805. Roßhirt a. a. O. §. 17. Ausnahme gilt außer dem Fall, wenn derſelbe der cond. indebiti ſich bedienen kann, auch dann, wenn dem Legatar eine Sache legirt worden iſt, in deren Beſitz er bereits ſich befindet, l. 26. pr. D.

l. 18. C. ad l. Falc. l. 77. §. 2. D. de leg. 2.; und wenn der Legatar nach dem Tode des Teſtirers eigenmächtig in den Beſitz ſich geſetzt hat, wo interdictum quod legatorum (§. 786.) Statt findet. Doch iſt nach Mävius P. V. dec. 142. in den beiden erſten Fällen der Legatarius nicht eher zur Rückgabe verbunden, als bis entſchieden iſt, daß der Fall des Abzugs eintrete.

b) l. 10. C. de jur. et fact. ignor.; l. 9. C. ad l. Falc. N. 1. c. 3.

c) l. 9. C. ad l. Falcid. l. 1. §. 9. l. 3. §. 10. D. si cui plus quam per l. Falc., welche die repetitio allgemein geſtatten, müſſen jetzt wenigſtens auf den erſten Fall beſchränkt werden; vgl. Mühlenbruch im Arch. II. 35. §. 6. S. 393. ff. Roßhirt S. 578.

d) tit. Dig. si cui plus quam per l. Falc. licuerit legatum esse dicatur (XXXV. 3.) l. 1. pr. 11. ib. Aber auch dann, wenn Ungewißheit nicht in Anſehung des Beſtands der Erbſchaft, ſondern in Anſehung der Legate obwaltet, tritt auf Seiten der Erben das Recht ein, Sicherſtellung zu fordern; vgl. l. 31. D. ad l. Falc. l. 73. §. 2. ib. in sp., wenn legata sub conditione vorliegen, in Anſehung deren es ungewiß bleibt, ob ſie den Nachlaß belaſten werden. Uebrigens kann auch ein onerirter Legatar, zwar nicht wegen der Falcidia, aber doch damit er nicht mehr auszahle, als er wirklich empfängt, Caution von dem Honorirten verlangen, dem er früher Zahlung leiſtet, l. 1. §. 13. l. 5. ib.

e) Die cautio iſt in der Regel dem Erben zu präſtiren. Ausnahme kann jedoch bei dem leg. ususfr. eintreten, wenn die proprietas nicht bei dem Erben verblieben iſt, l. 9. D. h. Zu caviren iſt verpflichtet der legatarius mit Ausnahme des Fiscus, l. 3. §. 5. h. und desjenigen, welchem jährliche Alimente von unbedeutendem Betrag hinterlaſſen worden ſind; l. 3. §. 4. ib. Auch ſollen die, welche die Caution nicht aufzubringen vermögen, geſchont werden, l. 6. ib. Gar nicht darf die Caution angeſonnen werden dem, welchem bloß die Ausführung des Legats übertragen worden iſt, l. 7. ib. Die beſtellte Caution dauert fort, ſo lange noch Ungewißheit in Anſehung des Abzugs vorhanden iſt, l. 3. §. 9. ib. Auch kann der Erbe an die Caution dann ſich halten, wenn es ſpäterhin ſich zeigt, daß er das Legat überhaupt nicht zu präſtiren ſchuldig war, l. 3. §. 7. Dagegen kann die Caution auch ohne daß der Grund wegfällt, aus welchem ſie beſtellt ward, aufhören, wenn 1) durch Verſchulden der Erben die Nothwendigkeit eines Abzugs herbeigeführt worden iſt, l. 3. §. 6. ib.; 2) bei einem leg. speciei, wenn die ganze Sache bei dem Legatar ohne deſſen Verſchulden verloren gegangen iſt, l. 1. §. ult. l. 2. 3. pr. ib.

f) Ueber das gemeine Recht vgl., was die Zinſen betrifft, l. 89. §. 1. D. ad l. Falc. Thibaut im Archiv IX. 6. Elvers Themis I. 19. S. 541. und was Sachſen betrifft, dec. 12.; vgl. §. 782.

Was die Verzinſung anlangt, ſo kann natürlich der Legatar nicht verlangen, daß ihm von einer größern Summe, als er in der That zu empfangen hat, Zinſen gewährt werden. Daher iſt der Abzug von dem Hauptſtamm des Legats zu kürzen und nur der Ueberreſt zu verzinſen, oder es wird die ganze legirte Summe nebſt Zinſen dem Legatar, auf der andern Seite aber auch der Betrag des Abzugs nebſt Zinſen, die jedoch nur bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem die Ermittelung der quarta vollſtändig bewirkt worden iſt, laufen, dem Erben gut geſchrieben.

§. 792.

E) Betrachten wir endlich die Urſachen, um derer willen Vermächtniſſe unwirkſam ſind, ſo gehört hierher I. die Ungültigkeit des Teſtaments, obwohl mit Unterſchied *). Iſt nämlich das Teſtament α) vom Anfange an 1) um deswillen ungültig, weil der Teſtirer zu deſſen Errichtung unfähig war [a]), oder, weil er eine nicht erbfähige Perſon eingeſetzt [b]), oder durch Gewalt und ungeſtümes Anhalten zur Errichtung des Teſtaments vermocht worden, ſo ſind auch die Legate ohne Wirkung [c]). Iſt aber 2) das Teſtament ungültig, weil darin Eltern oder Kinder übergangen, oder nicht nach Vorſchrift der Geſetze enterbt worden, ſo bleiben die Vermächtniſſe bei Kräften [d]). β) wenn ein vom Anfange an gültiges Teſtament durch ein nachfolgendes Ereigniß unwirkſam wird, 1) entweder weil der eingeſetzte Erbe nicht Erbe werden kann oder will [e]), oder weil der Teſtirer das Teſtament widerruft [f]), ſo verlieren auch die Vermächtniſſe ihre Wirkung [g]); hingegen 2) bleiben die Vermächtniſſe gültig, wenn das Teſtament als pflichtwidrig reſcindirt wird [h]).

*) l. 1. §. 1. D. de leg. 3. C. W. Strecker. de praest. legatis in test. invalido relict. Erff. 1747.

a) Hommel Obs. 643. n. 9. et Obs. 700. n. 6.; vgl. §. 725. j. §. 732. h.

b) Hommel Obs. 643. n. 10.; vgl. §. 725. 670. Doch würden in dieſem Falle die Legate alsdann bei Kräften bleiben, wenn dem Teſtamente die Codicillarclauſel beigefügt worden. Ebendaſ. u. Obs. 700.

c) Heineccius Pand. Lib. 29. Tit. 6. §. 114.; vgl. 650. Daß auch die im test. parentum inter lib. ausgeſetzten Vermächtniſſe,

dafern nicht fünf Zeugen zugezogen worden, ungültig ſind, iſt oben §. 745. erinnert worden.

d) Nov. 115. c. 3. in f. Conſt. 9. P. III.; vgl. §. 709. J. H. Rivinus pr. de invalid. test. parent., in quo liberi titulo honorab. non sunt instituti, sed plane praeteriti. L. 1745. Ein Gleiches iſt auch zu behaupten, wenn dem Teſtirer ein Posthumus nachgeboren wird, Arg. Nov. 115. c. 3. et Conſt. 9. P. III., vorausgeſetzt, daß der Teſtirer ſolches vorher gewußt oder vermuthet habe, weil im entgegengeſetzten Falle die Präſumtion dafür ſtreitet, daß, wenn der Teſtirer noch einen Posthumum vermuthet hätte, er denſelben nicht mit Vermächtniſſen beſchwert haben würde. Carpzov P. III. const. 9. def. 4. et 5.; vgl. §. 728. und daſ. not. a.

e) §. 2. I. de leg. Falc. Wenn jedoch dem Teſtamente die Codicillarclauſel beigefügt worden, ſo würden die Legate bei Kräften bleiben. Kind Quaest. for. T. I. c. 68. I. 49. ed. 2.; vgl. §. 727. eod. Madihn Miſc. n. 31. L. C. Schroeder. disp. 1—3. de legatis ex test. destit., cui cl. cod. adjecta est praest. Marb. 1758. Roßhirt I. 4. 3. §. 27. S. 455. Francke Beiträge zu Erl. verſch. Rechtsmaterien n. 6. §. 6. 7. Von dem Fall, wenn der eingeſetzte Erbe, der zugleich heres legitimus iſt, in fraudem der Legate die Erbſchaft ausſchlägt, vgl. §. 946. — Ueber den Fall, wenn nach gemeinem Recht der vacante Erbtheil an die coheredes, nach ſächſ. Recht an die Miterben kommt; vgl. §. 727. not. b. Zweifelhaft iſt, ob das, was gemeinrechtlich hinſichtlich des jus accrescendi (vgl. §. 779. 919.) oder im neuern ſächſ. Recht, in Anſehung der eintretenden Inteſtaterben in Betreff des Uebergangs der Legate gilt, auch auf ſolche Legate zu beziehen ſey, welche dem weggefallenen Erben namentlich auferlegt worden ſind, l. 29. §. 1. 2. D. de leg. 2.; vgl. Roßhirt a. a. O. S. 457. — Ueber das jus singulare, welches in Anſehung der legata ad piam caussam gilt, vgl. §. 742. 752.

f) Vgl. §. 729. 730.

g) Hommel a. a. O.

h) Nov. 115. c. 4.; vgl. §. 709. 964. Anders ſoll es nach gemeinem Recht ſich verhalten, wenn Geſchwiſter die querelam inofficiosi anſtellen, und das Teſtament reſcindirt wird, weil in dieſem Stücke das alte Recht (l. 8. §. 16. D. de inoff. test.) nicht abgeändert worden; ſ. jedoch unten §. 964. not. b. und §. 693. not. c. — Was in dem Fall Rechtens ſey, wenn die in einem letzten Willen hinterlaſſenen Legate bezahlt worden ſind, und nachmals dem Teſtamentserben die Erbſchaft evincirt wird, darüber iſt zu vergleichen l. 17. D. de her. petit. Roßhirt I. S. 457. Im Allgemeinen iſt nur noch zu bemerken, daß bei dem Streit über die Gültigkeit des Teſtaments die Legatare offenbar betheiligt

ſind, daß es ihnen daher nicht ſchadet, wenn der eingeſetzte Erbe in der Vertheidigung ſeiner Sache etwas verſehen, oder dieſe Vertheidigung ganz unterlaſſen und dadurch Verluſt des Proceſſes herbeigeführt hat, l. 3. D. de pign. et legg. l. 50. §. 1. D. de leg. 1. Francke Beitr. n. 6. §. 5. 6. Auch muß ihnen während der Dauer des Rechtsſtreits wegen künftiger Berichtigung der Legate Caution beſtellt werden, l. 9. C. de leg., wie ſie denn auch ohne Zweifel ein Recht zu interveniren haben.

§. 793.

Es kann aber auch II. aus andern Gründen ein Legat in Wegfall kommen, oder doch der Anſpruch auf daſſelbe für den benannten Legatar verloren gehen; und ſo entweder abſolute oder relative Ungültigkeit des Legats eintreten [a]); wobei im Allgemeinen zu bemerken iſt, daß der Wille des Teſtirers ſowohl die eine als die andere Art der Ungültigkeit herbeiführen kann [b]). Insbeſondere ſind aber, was A) den Fall der abſoluten Ungültigkeit des Legats betrifft, zwei Arten von Gründen, welche die Ungültigkeit des Legats bewirken, zu unterſcheiden: α) ſolche, vermöge deren das Legat als gleich anfangs als nicht vorhanden angeſehen wird. Dahin gehört zuerſt der Fall, wenn die Diſpoſition, durch welche Legate angeordnet werden, wegen eines Defects in Anſehung des Teſtirers [c]) oder Mangels der Form überhaupt, oder in Anſehung einzelner Legate ungültig wird. Abgeſehen von dieſem Fall, und dem, in welchem ein Legat unwirkſam erſcheint, weil eine beſtimmte Willensmeinung des Teſtirers gar nicht ſich erkennen läßt [d]), tritt Ungültigkeit der Legate ein, wenn 1) Incapacität auf Seiten des Legatars [e]) vorhanden iſt; 2) wenn das Legat auf eine nicht in commercio befindliche Sache ſich bezieht [f]). Daſſelbe kann aber auch 3) wegen eines auf Anordnung des Legats Einfluß habenden factum des Legatars eintreten, wenn er Zwang [g]) gegen den Teſtirer, oder eine captatio voluntatis [h]) ſich erlaubt, oder bei einer ſchriftlichen Willensverordnung das Legat ſich ſelbſt zugeſchrieben hat [i]). β) Die Gründe, welche die Ungültigkeit eines gültigen Legats [k]), und zwar A) für alle Arten der Legate herbeiführen, laſſen ſich unter folgende Rubriken zuſammenſtellen,

a) Gründe, welche auf einem factum des Teſtirers beruhen. Hierher gehört vornehmlich 1) wenn der Teſtirer bei ſeinen Lebzeiten dem Legatar dasjenige gewährt, was er ihm als Legat beſchieden hatte[l]); 2) wegen Willensänderung des Teſtirers, wenn er dem Legatar das beſchiedene Legat entzieht, ademtio. Das Recht, ein beſchiedenes Legat zu widerrufen, iſt in der Regel ganz von der Willkühr des Teſtirers abhängig[m]), und der Onerirte wird von der Pflicht, das Legat zu gewähren, entbunden, ſelbſt wenn er dem Honorirten die Abentrichtung des Legats ausdrücklich zugeſagt hätte, ſobald dieſe Zuſage nicht mit beſonderer Beziehung auf den möglichen Widerruf erfolgt iſt[n]). Uebrigens kann die ademtio ſeyn αα) expressa oder tacita. Jene erfolgt entweder in einer anderweiten letztwilligen Verordnung, oder ohne dieſe mündlich vor Zeugen, deren in der Regel zwei hinreichen[o]); wenn nicht von einem fideicommisso praesenti heredi impositum die Rede iſt, wo fünf Zeugen erfordert werden[p]). Dieſe wird im weitern Sinne überall angenommen, wenn aus einem factum des Teſtirers auf die Abſicht deſſelben, das Legat zu widerrufen, geſchloſſen werden kann[q]). Insbeſondere gehört dahin bei einem ſchriftlich hinterlaſſenen Legat die Durchſtreichung des Legats[r]); nicht aber immer die Errichtung eines anderweiten letzten Willens, wenn dieſer nicht ein Teſtament iſt; obſchon in der Regel die letzte Disposition als die gültige angeſehen wird[s]), ββ) eine allgemeine, oder nur theilweiſe[t]); γγ) eine bedingte oder eine unbedingte[u]). In allen Fällen der ademtio gilt aber ſtrenge Erklärung als Regel[v]). — b) Gründe, welche auf ein Ereigniß in der Perſon des Legatars ſich beziehen. Hierher gehört 1) der vor dem Teſtirer oder vor Eintritt der etwa mit dem Legat verbundenen Bedingung erfolgte Tod des Legatars, vorausgeſetzt, daß ihm nicht ein substitutus gegeben worden iſt[w]), 2) die Ausſchlagung des Legats von Seiten des Legatars[x]), 3) ein factum deſſelben, durch welches er des Legats unwürdig ſich gemacht hat[y]). — c) Gründe, welche auf ein Ereigniß in der Perſon des Onerirten ſich beziehen. Der Onerirte, welcher den letzten Willen agno-

ſcirt, kann durch ſein factum das Legat nicht ungültig machen[z]); und Wegfall des Onerirten zieht Ungültigkeit des Legats nicht immer, ſondern nur dann mit Beſtimmtheit nach ſich, wenn nachzuweiſen iſt, daß ihm allein und ausſchließlich das onus legati auferlegt worden ſey[aa]). Außerdem giebt es B) Gründe, welche für gewiſſe Arten der Legate Ungültigkeit herbeiführen; dahin gehört bei einer species legata a) wenn dieſelbe in dem Nachlaß nicht mehr exiſtirt, ein Umſtand, welcher, wenn er durch den Teſtirer ſelbſt herbeigeführt wird, als eine Art der ademtio tacita betrachtet werden kann[bb]), und eintritt, wenn die species gänzlich aufgehört hat zu exiſtiren[cc]), veräußert[dd]), oder weſentlich verändert worden iſt[ee]); b) wegen der Regel: duae lucrativae caussae in eundem hominem concurrere non possunt[ff]). Aehnliches kann bei andern Legaten, namentlich dem nomen legatum[gg]), der liberatio legata[hh]), vorkommen. — In allen dieſen Fällen gereicht der Wegfall des Legats, inſofern nicht jus accrescendi oder der Fall der substitutio[ii]) eintritt, zu dem Vortheil des Onerirten, und das aus der Verlaſſenſchaft zu gewährende Object bleibt, wenn der Erbe onerirt worden iſt, bei der Erbſchaft[kk]). Doch hat in der Regel eine Rückforderung der indebite bezahlten Legate nicht Statt[kkk]). Der Fall B) der reſpectiven Ungültigkeit des Legats, in welchem alſo bloß der Anſpruch eines beſtimmten Legatars wegfällt, tritt h. z. T., wo es keine ſogenannten legata caduca oder ereptitia, welche dem Fiscus zufielen, giebt[ll]), nur in Folge einer Willensmeinung des Teſtirers ein, wenn dieſer das Legat von dem einen Legatar auf einen andern überträgt, translatio[mm]), die allerdings für den frühern Legatar in der Regel als ademtio gilt[nn]); übrigens ſowohl eine vollkommene als eine unvollkommene ſeyn kann[oo]). — Eben die Gründe, welche, vermöge einer Willensänderung des Teſtirers, Ungültigkeit des Legats herbeiführen, können auch Veränderung in Anſehung des Legats bewirken, welche ebenfalls als translatio bezeichnet wird, und unter gewiſſen Umſtänden eine ademtio in ſich ſchließt[pp]). Hierher gehört namentlich, wenn 1) das

Object des Legats qq), 2) die Perſon des Oneratus verändert rr), oder 3) eine Nebenbeſtimmung **hinzugefügt** wird ss).

a) Die allgemeinſten Ausdrücke, welche Ungültigkeit der Legate bezeichnen, ſind: extinguitur, inutile est legatum, wiewohl der letztere Ausdruck auch wohl ein an ſich gültiges Legat bedeutet, aus welchem aber der Legatar keinen Vortheil gewinnt; vgl. §. 749. not. d. Ueber Ungültigkeit der Legate Weſtphal von Vermächtn. 2. Th. Kap. 16. §. 1347—1510. Roßhirt I. 4. 3. §. 21. 27. Von der reg. Catoniana wird weiter unten §. 898. die Rede ſeyn.

b) Eine ſolche Willensäußerung iſt ademtio im weitern Sinne.

c) Es gelten hier die §. 648. 649. 650. erwähnten Gründe.

d) l. 73. §. 3. D. de R. I. Dem, was nicht geleſen werden kann, ſteht das, was zwar lesbar iſt, aber keinen Sinn giebt, vollkommen gleich. Hierher gehören auch beſonders legata incerta, wenn gar keine Gewißheit zu erlangen iſt; vgl. §. 749. not. f. Der Mangel der Worte, ich legire, vermache ꝛc. iſt zu dem Beſtehen des Legats nicht unbedingt hinderlich; l. 10. C. de fideic.; vgl. l. 1. §. 5. D. de her. inst.

e) l. 3. pr. D. de his, quae pro non scr.

f) Vgl. §. 759. Nach l. 54. pr. D. de leg. 1. ſollen auch legata turpia, quae denotandi magis legatarii caussa relinquuntur, *odio scribentis* pro non scriptis geachtet werden. Eine ſonderbare, bisher noch nicht hinreichend erklärte Beſtimmung; vgl. Bynkershoek. I. obs. 2. Averan. interpr. V. 13., wenn ſie nicht etwa auf eine mit dem Legat verbundene Nebenbeſtimmung zu beziehen iſt. Denn außerdem ſieht man nicht, warum es nöthig ſeyn ſoll, ein ſolches Legat pro non scripto zu erklären, da der Legatar ſelbſt daſſelbe nicht zu verlangen braucht, auch nicht verlangen wird. Das Verbot der Erbeinſetzung cum maledicto, was man gewöhnlich hiermit in Verbindung ſetzt, vgl. §. 674. not. d., erklärt die Sache nicht ausreichend.

g) l. 1. §. 7. D. de bon. poss. sec. tab.; vgl. §. 650. Erbg. §. 104. n. 2. Schweppe §. 789. Auch Verhinderung an der Errichtung eines andern letzten Willens von Seiten des Legatars ſoll das dieſem in dem bereits errichteten letzten Willen beſchiedene Legat ungültig machen; d. l. 1. §. 1. D. si quis al. test. prohib.

h) Vgl. §. 675. not. a. l. 1. §. 7. D. de bon. poss. sec. tab.

i) Vgl. §. 676.

k) Der Ausdruck für ſolche ungültig gewordene Legate iſt leg. extincta.

l) l. 22. D. de leg. 2. l. 11. C. de leg. Struben rechtl. Bed. I. 144. (334. ed. 2.) Schweppe §. 903. a.; vgl. §. 760. n. 2.

m) Weſtphal a. a. O. §. 1389—1445. Roßhirt a. a. O. §. 24.

ingl. l. 1. §. 6. Wenn in derſelben Dispoſition ein beſchiedenes Legat wieder entzogen wird, ſo iſt dies eigentlich keine ademtio, ſondern es wird ſo angeſehen, als ob das Legat gar nicht gegeben wäre, l. 14. pr. §. 1. D. de leg. 1. Was die Form der ademtio betrifft, l. 3. §. 1. D. de ad. vel transf. leg. l. 27. C. de fideic. Coler. decis. II. 249. Wernher. p. 1. obs. 300. Hofacker §. 1585. Crell quomodo legat. nuda voluntate adimatur. Viteb. 1742. in opusc. VI. 51. Pufendorf. obs. II. 116. Kind. II. qu. 58. p. 243.; vgl. auch Pütter Rechtsf. IV. n. 392. Overbeck Med. IV. 256. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1429. S. 321. Selbſt Umſtände, aus welchen eine Willensänderung geſchloſſen werden kann, wenn gleich eine ademtio weder durch Wort, noch durch That zu erkennen gegeben worden iſt, ſind hier zu beachten. Dies gilt von dem Fall einer zwiſchen dem Teſtirer und dem Legatar entſtandenen Feindſchaft, d. l. 7. §. 11. l. 13. 22. 19. ib. Vorausgeſetzt wird jedoch ein nicht bloß leichtes Zerwürfniß, ſondern was man Todtfeindſchaft nennt; Leyſer sp. 395. m. 3. 4.; ferner ein Legat, welches einen Vortheil des Legatars bezweckte, nicht etwa bloß in odium heredis hinterlaſſen worden war; vgl. §. 774. Endlich, daß nicht Wiederverſöhnung eingetreten iſt, l. 4. D. de ad. vel transf. leg. l. 5. C. fam. erc. Auf den Grund der entſtandenen Feindſchaft kommt im Allgemeinen nichts an. Inſofern iſt alſo die ademtio eines Legats leichter zu bewirken, als die ademtio hereditatis; vgl. l. 22. D. de ad. vel transf. leg. l. 1. §. 4. D. de his, quae in test. del. Faber. conject. XVIII. 17. Selbſt ein Irrthum in der Bezeichnung des entzogenen Legats hebt die Wirkung der Ademtion nicht auf, l. 3. §. 5. ib. Wenn in l. 14. §. 1. D. de ad. vel transf. leg. die ademtio mit der datio legati etc. in Parallele geſtellt wird, ſo bezieht ſich dies auf die objective Möglichkeit der ademtio, wie das angeführte Beiſpiel zeigt, nicht aber auf die Form der Willenserklärung. Wenn aber gleich ademtio legati Sache der Willkür iſt, ſo muß doch der Umſtand, auf welchen man die ademtio gründet, ordentlich bewieſen werden, und eine bloße ſummariſche Beſcheinigung reicht nicht hin, wie Crell a. a. O. §. 14. meint. Kann denn aber auch ademtio Statt finden, nachdem der Teſtirer ſelbſt das Legat bereits entrichtet hat? Für die verneinende Beantwortung dieſer Frage liefert l. 26. §. 1. D. de ad. vel transf. leg. keinen ſtringenten Beweis, da in dieſem Geſetz von etwas, was einmal gegeben, nicht wieder entzogen werden kann, der Freiheit, die Rede iſt. Vielmehr ſcheinen hier die Grundſätze über Revocation von Schenkungen anwendbar, in Folge deren die ademtio ohne allegatio caussae nur dann erfolgen kann, wenn die erfolgte Zahlung des Legats als donatio m. c. zu betrachten iſt; vgl. §. 1348. 1350. 1351. tom. III. des Handb.

n) Vgl. l. 37. §. 1. D. de leg. 3. In dem ausgenommenen Falle liegt eine Schenkung von Seiten des Erben vor.

o) Vgl. not. m. Die zwei Zeugen ſind natürlich nicht solennitatis caussa, ſondern des Beweiſes wegen erforderlich. Daher ſcheint es unbedenklich anzunehmen, daß auch durch Urkunden der Beweis der Ademtion geführt werden kann. So namentlich durch eine Marginalbemerkung des Teſtirers zu der Stelle der ſchriftlichen Dispoſition, welche auf das Legat ſich beziehet, l. 17. D. de ad. vel transf. leg. Stryck caut. test. XX. §. 53. Ueber eine ademtio vor Notar und Zeugen vgl. Crell. diss. 1. §. 1. Eiſenhart Rechtsf. VIII. 5. Die Worte ſelbſt, durch welche die Ademtion ausgedrückt wird, ſind gleichgültig, pr. I. de ademt. leg.

p) Deciſ. 11. v. J. 1746. und dazu Bauer §. 15.; vgl. die §. 751. not. c. angef. Schriftſteller. Harpprecht IV. 25. 41. IX. 1. 2. Rivinus §. 19. Wernher III. obs. 77. Süptitz §. 40. v. Nahmer Entſch. des Ober-App.-Ger. zu Wiesbaden. Frankf. a. M. 1824. II. 14. S. 410.

q) §. 12. I. de leg.

r) l. 16. D. de ad. vel transf. leg.; vgl. J. W. II. 23. 34. 35. 42. Daſelbſt iſt die Rede von einem Fall, in welchem zu der Durchſtreichung noch ausdrücklicher Widerruf hinzugetreten war, und dennoch eine Genehmigung von Seiten der Erben hinzugekommen ſchien. Ueber andre Fälle der ademtio tacita vgl. Weſtphal §. 1407. ff. 1430. ff. Mehrere dieſer Fälle ſind von der Art, daß in ſelbigen eine Präſumtion der erfolgten ademtio angenommen wird. Dahin gehört der Fall der eingetretenen Feindſchaft; vgl. not. m. Auch Wegfall einer Vorausſetzung, von welcher der Teſtirer bei Anordnung des Legats ausgegangen iſt, oder der Zweck des Legats kann eine ſolche praesumtio begründen. Das Erſtere tritt insbeſondere ein, wenn einem Dienſtboten, oder von einer Frauensperſon dem Geſchlechtsvormund als ſolchem etwas vermacht worden iſt, und dies Verhältniß noch bei Lebzeiten des Teſtirers aufgehört hat. Freilich iſt aber die Bezeichnung des Legatars als Dienſtboten oder als Geſchlechtsvormunds, welche der Teſtirer in der Dispoſition gebraucht hat, nicht ohne weiteres als etwas das Legat Bedingendes anzuſehen. Das Letztere kann vorkommen bei dem leg. dotis, wenn daſſelbe für eine beſtimmte Ehe angeordnet worden iſt, welche ſpäter nicht eintreten kann; vgl. Breuning. de utili dote leg. non contracto matrimon. L. 1779. C. M. Herold. de legat. nupt. c. relict. L. 1765. §. 7. sqq., ſ. auch oben §. 764. Auch gehört hierher der Fall der l. 30. §. 2. D. de ad. vel transf. leg., ingleichen der l. 31. §. 1. ib., die freilich nicht von Allen auf einerlei Weiſe erklärt wird; vgl. A. Faber. conject. III. 18. d'Arnaud. conject. II. 19. Pütt-

mann. interpr. et obs. cap. 1. Sind mehrern Erben praelegata ausgeſetzt, ſo kann die Entziehung des einen bewirken, daß die übrigen ebenfalls für entzogen angenommen werden; l. 25. ib. Vorausgeſetzt ſcheint aber hier zu werden, daß durch die Prälegata eine Ausgleichung unter den verſchiedenen Erben beabſichtigt ward. Ueber einige Fälle, in welchen revocatio ſich nicht annehmen läßt, Cramer. obs. jur. univ. III. 846.

s) Weil nämlich ein Codicill neben dem Teſtament, auch mehrere Codicille neben einander beſtehen können, §. 3. I. de cod. l. 6. §. 1. D. de jure cod.; vgl. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1478. S. 179., ſo kann Zweifel entſtehen, ob nicht die in der zweiten Diſpoſition hinterlaſſenen Legate neben den in der erſten beſtimmten beſtehen; vgl. §. 780. und einen hierher gehörigen, wiewohl ziemlich undeutlich vorgetragenen Rechtsfall bei Cramer. obs. jur. un. II. 618. Daß in der Regel novissima scriptura gelte, ſ. l. 12. §. 3. D. de leg. 1. l. 19. C. de fideic. l. 3. C. de cad. l. 37. §. 1. D. de leg. 3. Iſt die letztere Diſpoſition eine ungültige, welche das in der frühern beſchiedene Legat gar nicht, oder ſtatt deſſelben ein andres enthält, ſo entſteht die Frage, ob nicht noch das in der erſten Diſpoſition beſchiedene Legat gefordert werden könne? Auch hier liegt quaestio facti vor, doch nimmt l. 18. D. de leg. 3. in einem ſolchen Fall keine Ademtion des früher beſchiedenen Legats an. Breuning. an leg. translatum ex test. in codicillos invalidos involvat ademtionem. L. 1775. iſt anderer Meinung, hat aber die angef. l. 18. ganz unbeachtet gelaſſen.

t) l. 2. pr. §. 1. 2. l. 3. §. 5. 10. l. 11. 12. l. 32. pr. D. de ad. vel. transf. Vorausgeſetzt wird jedoch, daß eine theilweiſe Entziehung des Legats rechtlich möglich ſey, l. 1. l. 3. §. 6. l. 14. §. 1. ib.; vgl. übrigens not. dd. a. E. Daß eine theilweiſe Entziehung des Legats auch eine verhältnißmäßige Verminderung des auf daſſelbe gelegten onus zur Folge habe? dies ſcheint im Zweifelsfall angenommen werden zu müſſen, a. l. 11. §. 2. 3. l. 25. §. 1. l. 32. §. 4. D. ad l. Falc. l. 21. §. 1. D. de ann. leg. l. 13. pr. D. de al. leg.; vgl. auch das, was not. aa. über den Fall geſagt wird, wenn der onerirte Erbe den ihm beſchiedenen Erbtheil mit einem Andern theilen muß; ferner einen hierher gehörigen Rechtsfall bei Gmelin und Elſäſſer gemein. Beob. und Rechtsf. V. 9. Ein beſonderer Fall der theilweiſen ademtio iſt, wenn mehrfache Legate vorliegen und dieſe auf ein einziges reducirt werden, d. l. 12. §. 3. l. 14. D. de leg. 1. Im Zweifel iſt dann der Onerirte das geringere Legat zu präſtiren ſchuldig; vgl. auch l. 11. 12. D. de adim. vel transf. leg. d. l. 14. §. 1. Für Ademtion des Ganzen gilt es, wenn mehr adimirt worden iſt, als legirt worden war, l. 3. §. 5. D. de adim. vel. transf. leg.

u) l. 12. §. 3. D. de leg. 1. l. 17. C. de leg. Durch eine bedingte ademtio wird ein legatum pure relictum, wenn es an ſich gültig war, in conditionatum verwandelt, l. 10. pr. 14. D. de ad. vel transf. leg.

v) So ſchließt man aus mehrern Stellen, in welchen ein zweifelhafter Fall zu Gunſten des Legatars entſchieden wird, wiewohl es nicht an Beiſpielen für das Gegentheil fehlt; vgl. l. 3. §. 7. 8. D. de ad. vel transf. leg. l. 30. §. 2. 3. D. ib. l. 17. §. 1. D. de leg. 1.; vgl. Crell. diss. I. §. 5. Am deutlichſten würde für den aufgeſtellten Satz ſprechen d. l. 3. §. 7., wenn nicht l. 10. D. de reb. dub. gerade die entgegengeſetzte Beſtimmung enthielte. Ueber die verſchiedenen Vereinigungsverſuche vgl. Chesius differ. jur. cap. 1. in Heineccii Jurispr. rom. et att. tom. II. p. 614. Merill. IV. obs. 17. Bynkershoek. IV. obs. 11. Averan. IV. interpr. 13. Göſchen in Savigny's Zeitſchr. I. 6. Arch. für civil. Pr. I. 33. 34. II. 7. IX. 20. Roßhirt a. a. O. S. 437.

w) l. un. §. 2. 7. C. de cad. toll.; vgl. §. 778. Strippelmann Samml. bemerkenswerther Entſcheidungen des OAG. zu Kaſſel. I. n. 32. Vorausgeſetzt wird natürlich, daß eine phyſiſche Perſon als Legatar bezeichnet worden iſt; vgl. l. 56. 57. D. de leg. 2. Ueber die Ausnahme in dem Fall der substitutio vgl. §. 712. not. a. §. 779. A. Ob ein dem heres institutus ausgeſetztes Prälegat auch dem substitutus zu Theil werde? darüber vgl. l. 32. D. de leg. 3. Bauer. resp. I. L. 1791., der dieſe Frage verneint. Auch durch das Daſeyn mehrerer Collegatare kann das Legat, vermöge des jus accrescendi, aufrecht erhalten werden; vgl. §. 712. Eine andre, wiewohl nur ſcheinbare, Ausnahme bietet der Fall dar, wenn etwas legirt worden iſt, was der Legatar ex pacto zu fordern berechtigt war; vgl. Canngießer decis. 65. Bauer resp. 155. L. 1804. Auch ein den Kindern hinterlaſſenes Legat ſoll auf deren Kinder übergehen, weil man unter der Benennung Kinder auch Enkel begreift; vgl. §. 749. not. f. Klein Rechtsſpr. I. 6. Iſt übrigens ungewiß, ob der Legatar oder deſſen Deſcendenten noch am Leben ſich befinden, ſo ſoll nach d. Mand. v. 13. Novbr. 1779. §. 1. n. 4. Edictalcitation Statt finden (obwohl dieſe Stelle eigentlich auf eine ſogenannte substitutio fideicommissaria ſich zu beziehen ſcheint; vgl. §. 809.).

x) l. 38. §. 1. l. 44. §. 1. D. de leg. 1. Für eine Ausſchlagung des Legats gilt die Einwilligung in Veräußerung des Legats, l. 120. §. 1. D. de leg. 1. l. 11. C. de fideic., die jedoch ſtreng zu erklären iſt, l. 92. pr. D. de leg. 1. l. 34. §. 2. D. de leg. 2. Legate, welche durch den Tod oder Repudiation des Legatars wegfallen, ſind vacantia, destituta. Nach ſächſ. Recht ſcheint ein debitor obaeratus ein ihm beſchiedenes Legat zwar nicht direct aus-

ſchlagen zu können; dec. 25. v. J. 1746. u. dazu Bauer. Erl. §. 25. Inwiefern dies aber indirect durch Nichterfüllung einer dem Legat beigefügten Bedingung geſchehen könne? ſ. Bauer. resp. 62. L. 1796.

y) tit. de his, quae ut ind. D. XXXIV. 9. Cod. VI. 35.; vgl. Weſtphal §. 1376. ff. Roßhirt a. a. O. S. 444., deſſen Einl. in das Erbrecht §. 7. S. 53. ff. Die Fälle, in denen einem Erben oder Legatar als indignus das Vermächtniß oder die Erbſchaft entriſſen wird, ereptitia, ſ. an dem zuletzt angeführten Orte. Die Stelle des Erbgeſetzes §. 103—105. (vgl. §. 947.) ſpricht, wie §. 110. lehrt, von Indignität nicht bloß in Beziehung auf geſetzliches Erbrecht, ſondern auch in Beziehung auf Vermächtniſſe einzelner Sachen. Alle außer den daſelbſt angeführten, in dem römiſchen Recht vorkommenden Gründe, welche Indignität bewirken, fallen nach §. 105. weg. Doch entſteht wegen einiger Gründe allerdings Zweifel, ob ſie unter die Beſtimmung des §. 105. fallen. So Nichtbefolgung einer mit dem Legat verbundenen Vorſchrift vgl. §. 777. not. a. Daſſelbe tritt ein, wenn der Legatar die in dem letzten Willen ihm übertragene Vormundſchaft über die Kinder des Teſtirers ablehnt; vgl. l. 76. §. 6. D. de leg. 2. l. 111. D. de leg. 1. l. 8. 25. C. de leg. Handb. I. §. 337. Die Anfechtung des letzten Willens macht den Legatar des ihm beſchiedenen Vermächtniſſes im Allgemeinen nicht verluſtig, wenn derſelbe ſeinen Endzweck nicht erreicht, obſchon der Legatar, der einen ſolchen Streit unternimmt, gewiſſermaßen den Grund ſelbſt untergräbt, auf welchen ſein Anſpruch ſich gründet. Dies gilt insbeſondere, wenn der letzte Wille wegen Vernachläſſigung der Form als nichtig angefochten wird, l. 5. §. 1. D. de his, quae ut ind., über welches Geſetz zu vergleichen Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1427. S. 443. ff., l. 24. ib., ſelbſt wenn für dieſen Fall der Teſtirer die clausula privatoria angeordnet hätte, Leyser. sp. 398. m. 2. 3. Müller. ad L. obs. 619. Kind. I. 92. (62. ed. 2.). Nur der, welcher den letzten Willen als falſch anficht, wird, wenn er den Streit bis zu einer den letzten Willen aufrecht haltenden Sentenz fortſetzt, des Legats verluſtig, l. 8. C. de his, quae ut ind. l. 6. C. ad l. Corn. de Fals. j. d. l. 5. D. Gewöhnlich macht man auch eine Ausnahme in Anſehung des test. inofficiosum, Stryck. us. mod. XXXIV. 9. §. 3. Wernher. p. IX. obs. 161. Glück Pand. VII. §. 559. S. 470. v. Hartitzſch n. CCCXXXIII. Allein l. 8. §. 14. D. de test. inoff. bezieht ſich auf die alte querela inoff., und es iſt ſehr die Frage, ob daſſelbe nach dem neuern Inofficioſitäts- oder Nullitätsſyſtem anzunehmen ſey; vgl. Francke Notherbenr. §. 30. S. 389. Die N. 1. pr. und cap. 1. pr., auf welche in den frühern Ausgaben dieſes Werks Bezug genommen worden iſt, enthält nichts hierher Gehöriges.

Eher möchte einen Grund für die Anſicht der vorgenannten Rechtslehrer abgeben die in d. l. 24. angedeutete Unterſcheidung, ob in dem Widerſpruch gegen den letzten Willen eine Anklage gegen die Richtung des Willens in dem Teſtirer, oder ein Angriff auf die Form liege. Auch die Unterſchlagung des letzten Willens, oder Verbergung deſſelben zu dem Nachtheil des Erben, zieht nach l. 25. C. de leg. Verluſt des Legats nach ſich; vgl. Erbg. §. 104. n. 3. Gewöhnlich rechnet man auch mit Beziehung auf l. 48. D. ad SCt. Treb. und l. 5. C. de leg. den Fall hierher, in welchem der Legatar Erbſchaftsſachen heimlich an ſich genommen hat. Allein in beiden Geſetzen iſt nur davon die Rede, daß der Legatar, in ſo weit er dergleichen Sachen nicht reſtituiret, nicht auf das Legat klagen könne, alſo von einem Retentionsrecht des onerirten Erben, nicht von einem unmittelbaren Verluſt des Legats. Ueber die von dem Teſtirer beigefügte clausula privatoria, die übrigens nicht bloß bei Legaten vorkommen kann, vgl. Kind. I. qu. 62. Bauer. in dem angef. resp. 62. Glück u. Geiger Rechtsf. III. 36. J. W. III. 122. n. 3.

z) Nur uneigentlich läßt ſich eine Ausnahme inſofern annehmen, als der onerirte Erbe von der Beſtimmung der lex Falcidia Gebrauch macht.

aa) Vgl. beſonders Francke Beitr. zu Erl. verſch. Rechtsmaterien. Göttingen 1828. n. 6., wo den in mancher Hinſicht abweichenden Anſichten von Schweppe §. 913. begegnet wird; ſ. auch oben §. 750. Roßhirt §. 27. S. 452. in Verbind. mit S. 245.; ingl. Th. I. §. 6. Den im Text angeführten Satz ſprechen für Subſtitutionsfälle aus l. 74. §. 2. D. de leg. 1. l. 61. D. de leg. 2. Das letztere Geſetz nimmt daſſelbe an für den Fall, wenn eine vacante Erbportion in Gemäßheit des jus accrescendi an den Erben kommt; vgl. auch l. 122. §. 1. D. de leg. 1. Für die legata a substituto relicta haftet natürlich der institutus nicht, l. 13. C. de fideic. Wenn dagegen an die Stelle der teſtamentariſchen Erbfolge die Inteſtatſucceſſion tritt, ſo bleiben nach gem. Recht nur ausnahmsweiſe die Legate bei Kräften; vgl. darüber Francke §. 6. Allein nach ſächſ. Recht, Erbg. §. 6. haben die Inteſtaterben in der Regel unbedingt die Legate zu gewähren. Sind dagegen legata ab intestato hinterlaſſen, ſo haftet der Inteſtaterbe des entferntern Grades, welcher an die Stelle des weggefallenen Inteſtaterben eines frühern Grades tritt, nicht für die Legate, welche bloß dieſem auferlegt worden waren, l. 1. §. 9. D. de leg. 3. (worüber zu vergleichen Faber. conject. IV. 15. van de Water observ. III. 8.). Ein Satz, welcher durch das ſächſ. Erbgeſetz nicht abgeändert worden iſt. Dieſelbe Verpflichtung zu Entrichtung der Legate hat nach ſächſ. Recht, Erbg. §. 135., auch der Fiscus. Ueber das gem. Recht vgl. Francke §. 8. Was

andere onerati betrifft, ſo ſcheint in Subſtitutionsfällen daſſelbe angenommen werden zu müſſen, was von den dem Erben auferlegten Legaten gilt. Kommt dagegen die portio eines ausfallenden Onerirten an einen Collegatar, ſo entſcheiden die Grundſätze über jus accr. inter collegatarios; vgl. §. 779. So bleibt hier nur noch der Fall übrig, wenn das Legat an den Erben oder an den, der damit priori loco onerirt worden iſt, zurückfällt. Die Frage: ob auch hier der, an welchen das Legat zurückfällt, das darauf gelegte onus zu gewähren habe? ſcheint im Allgemeinen verneint werden zu müſſen; l. 29. pr. D. de leg. 2. l. 9. D. de usufr. leg. und l. 19. D. de adim. vel transf. leg. enthalten nur Ausnahmsfälle, für welche nach dem vermuthlichen Willen des Teſtirers etwas Anderes angenommen wird. — Verſchieden von den bisher betrachteten Fällen iſt der, wenn der onerirte Erbe nicht wegfällt, wohl aber einen Theil des ihm Beſchiedenen einem Andern zu überlaſſen gehalten iſt. Daß der eintretende Percipient nicht gehalten ſey, iſt gewiß, ob aber der wirklich onerirte pro rata von der Pflicht, die Legate zu gewähren, befreit werde, iſt die Frage, die aus Billigkeitsgründen verneint wird, obgleich nach ſtrengem Recht anders entſchieden werden müßte; vgl. l. 11. 12. 19. D. de jure cod. l. 43. pr. §. 2. D. de C. et D. l. 125. D. de leg. 1. l. 76. pr. D. de leg. 2. l. 40. pr. l. 103. §. 3. D. de leg. 3. l. 11. §. 2. 3. D. ad l. Falc.

bb) Vgl. §. 12. I. de leg. l. 11. §. 12. D. de leg. 3. l. 27. pr. D. de adim. vel transf. leg.

cc) Vorausgeſetzt wird jedoch, daß dem Onerirten weder culpa noch mora zur Laſt fallen; vgl. §. 782. 783. §. 16. I. de leg. l. 26. §. 1. 5. l. 39. §. 1. l. 47. §. 6. l. 84. §. 3. l. 108. §. 11. l. 112. §. 1. D. de leg. 1. l. 22. §. 2. D. de leg. 3. l. 30. §. 4. 6. D. ad l. Falc. l. 6. D. de usu et usufr. leg. Majans. de peculio rei leg. §. 6. 7. 8. Roßhirt §. 4. S. 485. Iſt der Gegenſtand des Legats ein Stück Vieh, ſo hat, wenn dieſes verſtorben iſt, der Legatar weder auf das Fleiſch, noch auf das Fell oder andre Ueberbleibſel Anſpruch, l. 49. pr. D. de leg. 2. Bei einem theilweiſen Untergang der Sache ſind dieſelben Grundſätze anzuwenden, welche am Ende der folgenden Note in Betreff der theilweiſen Veräußerung vorgetragen werden. Wenn von mehrern alternative legirten Sachen nur die eine verloren geht, ſo beſteht natürlich das Legat rückſichtlich der andern, l. 47. §. 3. D. de leg. 1. Daß, wenn der Untergang der Sache ungewiß iſt, dieſelbe aber in dem Nachlaß ſich nicht vorfindet, der Erbe ſelbige auf ſeine Koſten aufſuchen, auch auf Verlangen Caution beſtellen muß, ſ. l. 32. §. 5. l. 39. pr. l. 47. §. 2. 4. l. 69. §. 5. de leg. 2.

dd) Unter Veräußerung iſt hier lediglich eine ſolche zu verſtehen, durch

welche die Sache im Eigenthum des Teſtirers zu beſtehen aufhört; Verpfändung gehört nicht hierher, §. 12. I. de leg. l. 3. C. de leg. Ob es für ademtio zu achten ſey, wenn eine Teſtirerin die legirte Sache ſpäterhin als Einbringen inferiret? dies war nach dem Zeugniß des Scipio Gentilis de donat. int. vir. et uxor. III. 13. ſchon unter den Gloſſatoren ſtreitig; vgl. Breuning. an rei legatae ademtio fiat datione illius in dotem. L. 1775., welcher die Frage bejaht. Die ratio dubitandi beruht darauf, daß theils die datio in dotem als eine necessaria alienatio erſcheine; eine Meinung, welche namentlich Breuning widerlegt; theils durch datio in dotem, wenn überhaupt Eigenthum, doch nur widerrufliches Eigenthum, übergetragen werde. Würde durch Illation der legirten species Eigenthum nicht übergetragen, wie in dem Fall, wenn die legirte Sache nur als paraphernum an den Ehemann gelangte, ſo wäre eine ademtio ſchwerlich anzunehmen. Das Gegentheil vorausgeſetzt, iſt die Frage allgemeiner dahin zu faſſen, ob überhaupt widerrufliche Uebertragung des Eigenthums als ademtio gelte; insbeſondere, ob, wenn der Teſtirer von dem jus reluendi keinen Gebrauch gemacht hat, nicht wenigſtens dies Recht auf den Legatar übergehe? Für die Beantwortung dieſer Fragen giebt es keine allgemeinen durchſchlagenden Gründe, ſie ſcheint vielmehr eine nach den Umſtänden des Falls in concreto zu beantwortende quaestio facti. Die Dispoſition von §. 72. des ſächſ. Erbgeſetzes entſcheidet hier nur inſofern, als die Dispoſition der Teſtirerin dem Pflichttheil des nachmaligen Ehemanns präjudiciren würde. — Vorausgeſetzt wird eine von dem Teſtirer unternommene Veräußerung; eine von dem Erben unternommene Veräußerung kann natürlich dem Legatar nicht präjudiciren (§. 785.), wenn nicht demſelben das Recht zu veräußern von dem Teſtirer zugeſtanden worden war, in welchen Fall wieder die Frage einſchlägt, ob auf ſolche Weiſe das legatum dem arbitrium des Erben überlaſſen werden konnte? vgl. §. 774. Der Grund, aus welchem der Teſtirer die Veräußerung unternommen hat, kommt nur inſofern in Betracht, als zu unterſcheiden iſt zwiſchen einer Veräußerung, die ex necessitate unternommen worden iſt, und der, bei welcher der Teſtirer willkürlich verfahren hat, indem bei der erſtern die Laſt des Beweiſes, daß der Teſtirer wirklich animum adimendi gehabt habe, auf den Onerirten fällt, l. 34. §. 1. D. de auro arg. leg. l. 11. §. 12. D. de leg. 3. Hiernach ſcheint denn in dem Fall einer willkürlichen Veräußerung dem Legatar der Beweis der Negative, daß der Teſtirer bei der Veräußerung die Abſicht, das Legat aufzuheben, nicht gehabt habe, zu verbleiben. Schenkung gilt übrigens für eine willkürliche Veräußerung, l. 18. D. de adim. vel transf. leg. l. 32. §. 2. D. de don. int. vir. et ux. Wenn demnach die von dem Teſtirer unternommene Veräußerung als ſtillſchweigende ademtio

nach der Abſicht des Teſtirers zu beurtheilen iſt, ſo kommt nichts darauf an, ob die Veräußerung ſelbſt zu Recht beſtehe oder nicht, l. 24. §. 1. D. de adim. vel transf. leg. Noch weniger wird darauf etwas ankommen, ob der Veräußerungsvertrag bereits durch Uebergabe vollzogen worden ſey, oder nicht. Und ſelbſt, wenn die veräußerte Sache ſpäter wieder in das Eigenthum des Teſtirers gekommen ſeyn ſollte, wird das Legat nicht wieder hergeſtellt, gemäß der Regel, quod semel extinctum sine nova caussa reviviscere nequit; vgl. auch l. 15. D. de ad. vel transf. leg. Overbeck X. 496. An wen der Teſtirer veräußere, iſt gleichgültig; ſelbſt Veräußerung an den Legatar muß, wenn ſie titulo oneroso erfolgt iſt, als Ademtion gelten. Eben ſo wenig läßt ſich im Allgemeinen annehmen, daß eine Sache, welche der Teſtirer nach Veräußerung der legirten Sache erwirbt und ſtatt dieſer gebraucht, an die Stelle der veräußerten Sache trete, indem l. 28. §. 1. D. de C. et D. nur für einen beſondern Fall eine entgegengeſetzte Entſcheidung enthält. Eine theilweiſe Veräußerung der Sache gilt in dubio nur als theilweiſe ademtio, §. 12. I. de leg. l. 27. §. 3. D. de instr. vel instr. leg. l. 8. pr. D. de leg. 1. So namentlich, wenn von mehrern Sachen, oder einer legirten specifice bezeichneten quantitas Einiges veräußert worden iſt, d. l. 27. ingl. §. 17. I. de leg. l. 62. 65. pr. D. de leg. 1. Etwas Anderes gilt, wenn die mehrern Sachen ein Ganzes bilden, welches durch den Wegfall einer einzigen species, als ſolches zu beſtehen aufhört, l. 65. §. 1. D. de leg. 2.; vgl. Averan. interpr. V. 19.; oder wenn res principalis mit Acceſſionen legirt, und die erſtere ohne letztere veräußert worden iſt, §. 17. I. de leg. l. 1. 2. D. de pecul. leg.

ee) Hier giebt es indeß ſehr verſchiedene Anſichten der römiſchen Juriſten. Am günſtigſten für die Legatare ſpricht ſich aus l. 44. §. 2. 3. 4. D. de leg. 1., über welches zu vergleichen Z. Huber. diss. tom. II. p. 315. Averan. interpr. V. 27. Strengere Grundſätze enthält über area legata, wenn ſie bebauet worden iſt, l. 79. §. 2. D. de leg. 3., obſchon daſelbſt wieder der auffallende Satz aufgeſtellt wird, daß das leg. areae bleibe, wenn das Gebäude tempore mortis wieder hinweggenommen war; vgl. dagegen d. l. 44. §. 4. l. 39. D. de leg. 2. Iſt ein vermachtes Haus niedergeriſſen worden, ſo geht das Legat verloren, l. 65. §. 2. D. de leg. 1. Overbeck Med. IX. 513. Abgeſehen von dieſem Fall ſcheinen indeß folgende Sätze ziemlich ausgemacht: 1) die allmälige Veränderung einer Sache ſchadet dem Beſtehen des Legats nicht, l. 24. §. 4. l. 65. §. 2. D. de leg. 1.; 2) wenn eine Sache aus einem einfachen Material gebildet iſt, ſo ſchadet eine bloße Veränderung der Form nicht, es mag nun aus dem Material eine beſtimmte species gebildet, oder eine species auf ihr Material reducirt worden ſeyn, d. l. 44. 3) Iſt ein beſtimmtes

Material zur Herſtellung eines aus ungleichartigen Theilen beſtehenden Ganzen verwendet worden, ſo wird der, dem das Material legirt worden iſt, des Legats verluſtig, l. 88. §. 1. D. de leg. 3. 4) Iſt ein aus ungleichartigen Theilen gebildetes Ganze legirt, ſo fällt durch Auflöſung des Ganzen in ſeine Theile ebenfalls das Legat weg, l. 88. §. 2. D. de leg. 3. 5) In allen Fällen kommt aber, wie die angef. Geſetze zeigen, der Wille des Teſtirers in Betracht.

ff) §. 6. 9. I. de leg. l. 82. §. 2. 3. l. 108. §. 4. D. de leg. 1. l. 21. §. 1. D. de leg. 3.; vgl. Handb. IV. §. 1740. Weſtphal §. 1483. ff. Roßhirt I. S. 448. D. F. Hoheisel. de concursu duarum causs. lucrat. in caussae rem vel person. Hal. 1725. Sell über die römiſche Aufheb.=Art der Obligationen durch concurs. duarum causs. her. Zürich 1839. Beide letztere Schriftſteller haben die aufgeſtellte Regel, namentlich in der Lehre von den Legaten, der Kritik unterworfen. Indeſſen ſcheinen gleichwohl folgende Sätze außer Zweifel. Die angegebene Regel ſetzt 1) eine species legata voraus und gilt nicht, wenn ein genus oder ein unbeſtimmter Theil einer beſtimmten species legirt worden iſt, l. 83. D. de leg. 1. l. 66. §. 1. 2. 3. D. de leg. 3. Sie ſetzt ferner 2) nicht bloß einen verſchiedenen Erwerbstitel, ſondern auch verſchiedene Geber, alſo immer einen Fall voraus, in welchem wenigſtens auf der einen Seite über res aliena disponirt worden war, §. 6. I. de leg. Wäre nur ein Geber, der Teſtirer, und hätte dieſer ſelbſt durch einen actus inter vivos die legirte Sache auf den Legatar übergetragen, ſo wäre das Legat aus andern Gründen, nämlich, je nachdem die Uebertragung titulo oneroso erfolgt iſt oder nicht, entweder ob ademtionem tacitam (vgl. not. dd.), oder wegen anticipirter Zahlung (vgl. not. l.) ungültig. Wäre dagegen von ihm das Legat der species mehrern als Onerirten auferlegt, ſo läge die Frage zur Beantwortung vor, ob ein einfaches oder ein mehrfaches Legat vorhanden ſey; über welche zu vergleichen §. 780.; 3) wird vorausgeſetzt, daß der Legatar durch das Legat nicht mehr erhalte, als ihm aus dem anderweiten Grunde bereits zu Theil geworden iſt, l. 82. pr. §. 2. 3. D. de leg. 1. §. 9. I. de leg. Endlich hängt 4) die angegebene Regel auch von dem Willen des Teſtirers ab, welcher dieſelbe ausſchließen kann; l. 34. §. 6. D. de leg. 1. l. 21. §. 1. D. de leg. 3. Unter dieſen Vorausſetzungen fällt alſo der Anſpruch auf die species legata, die man bereits erhalten hat, weg; was in dem Fall, wenn dieſelbe species alternative mit einer andern legirt worden iſt, die Folge hat, daß nun dieſe andre unbedingt zu gewähren iſt, l. 86. §. 6. D. de leg. 1. — Die Fälle, in welchen die aufgeſtellte Regel in Anwendung kommt, ſind demnach, A) wenn dieſelbe Sache dem Legatar in zwei verſchiedenen letztwilligen Verfügungen beſchieden worden iſt. Hier iſt der Fall, wenn beide Teſtirer unabhängig

von einander disponirt haben, von dem zu unterſcheiden, wenn der eine Teſtirer als Erbe des andern dem Legatar dieſelbe Sache ausgeſetzt hat, die dieſem bereits in dem frühern Teſtament als Legat beſchieden worden war. Der letzte Fall iſt der eines legat. debiti, in welchem der Legatar immer nur einen einfachen Anſpruch auf rem oder aestimationem hat, l. 84. §. 2. D. de leg. 1. In dem erſten Fall hat der Legatar, der aus dem einen Teſtament die Sache ſelbſt erhalten hat, keinen Anſpruch weiter aus dem andern Teſtament, ſelbſt wenn er die Sache wieder veräußert hatte (vgl. §. 754. β.). Hätte er aber aus dem einen Teſtament den Werth der legirten Sache erhalten, ſo verbleibt ihm der Anſpruch auf die Sache, §. 6. I. de leg., mit welcher l. 66. §. 1. D. de leg. 2. übereinſtimmt, und nach welcher die allgemeine Beſtimmung der l. 34. §. 2. D. de leg. 1. zu beſchränken iſt. Außerdem kommt hierbei in Betracht, ob das eine Legat ſo viel enthält als das andre, d. l. 34. §. 8. l. 108. §. 5. D. de leg. 1.; wobei zu bemerken, daß ſelbſt der Abzug der quarta Falcidia, welche bei dem einen Teſtament Statt findet, Veranlaſſung giebt, daß das in dem andern letzten Willen hinterlaſſene Legat in tantum beſtehe, d. l. 108. §. 5. Von dem Fall, wenn in beiden letztwilligen Verfügungen derſelbe als Erbe mit dem Legat beſchwert worden iſt, l. 108. §. 5. D. de leg. 1.; B) wenn nur eine letztwillige Verfügung vorliegt. Vorauszuſetzen iſt hier, daß der Teſtirer über eine res aliena disponirt, §. 6. I. de leg., der Legatar aber von dem dominus die Sache erworben hat, entweder durch Schenkung, d. §. 6. I. de leg. l. 108. §. 4. D. de leg. 1.; oder Succeſſion, l. 108. §. 6. D. de leg. 1., wobei zu bemerken iſt, daß, wenn der Nachlaß des Eigenthümers nicht solvendo geweſen, und hiermit der Erbe genöthigt worden iſt, aus eignen Mitteln etwas aufzuopfern, um die in Frage ſtehende Sache zu erlangen, das Legat ebenfalls in tantum beſtehet. Daſſelbe gilt, wenn usucapio, dafern nicht etwa gegen dieſe Reſtitution ertheilt worden iſt, Verluſt des Legats herbeigeführt hat, l. 82. §. 1. D. de leg. 1. Daß nun im Gegentheil bei einem titulo oneroso erfolgten Erwerb der legirten Sache, den Fall ausgenommen, wenn der Legatar ſie von dem Teſtirer ſelbſt erworben hatte (vgl. not. dd.), das Legat beſtehe, und aus demſelben aestimatio gefordert werden könne, beſagen §. 6. I. de leg. l. 34. §. 7. l. 108. §. 4. D. de leg. 1. l. 87. pr. D. de leg. 2. l. 102. §. 2. D. de leg. 3. Beſondere Fälle, in denen nur theilweiſe ein Erwerb titulo oneroso vorliegt, ſ. l. 82. §. 2. 3. 4. D. de leg. 1. l. 73. D. de leg. 2.

gg) Vgl. §. 757. Stryck. de caut. test. XX. §. 49. 50. Leyser. sp. 394. m. 1. 2.

hh) §. 21. I. de leg.; vgl. §. 758. Ueber den Fall des legat. reditus, wenn aus der angewieſenen Quelle das beſtimmte Quantum

nicht gewährt werden kann, ſ. §. 769. Auch bei einer quantitas legata, wenn ſie durch gewiſſe Beſtimmungen als species bezeichnet worden iſt (vgl. §. 768. not. s.), können die bisher erwähnten Grundſätze in Anwendung kommen; vgl. jedoch über eine Ausnahme l. 23. D. de ad. vel transf. leg.

ii) Vgl. §. 779.

kk) l. un. §. 8. C. de cad. toll. l. 88. §. 13. D. de leg. 2. Darüber vgl. not. t. Von dem Fall, wenn ein successor singularis onerirt worden iſt, handelt l. 17. pr. l. 60. D. de leg. 2. l. 38. §. 6. D. de leg. 3. Daß in dieſer Beziehung für Sachſen durch das Erbg. §. 3. nichts geändert worden ſey, erinnert mit Recht Kriegel diss. 1. §. 20. not. 68. §. 25. Selbſt in Anſehung der Legate, welche mehr coercendi heredis caussa als zu Gunſten des Legatars hinterlaſſen worden ſind, läßt ſich nichts Anderes annehmen. Ueber den Nutzen, den auch legata inutilia haben können, ſ. F. J. Scherz. de legator. et fideic. inutil. utilitate, diss. 1. 2. Argent. 1729. Ueber Beſtätigung ungültiger Legate, l. 19. pr. §. 1. D. de leg. 1.

kkk) Vorausgeſetzt nämlich, daß der Onerirte die Ungültigkeit des Legats kannte, l. 9. §. 5. D. de jur. et fact. l. 76. §. 9. l. 88. §. 13. D. de leg. 2. l. 38. D. de fid. l. 16. C. de test. l. 2. 23. C. de fideic.

ll) Vgl. Roßhirt §. 25. S. 444. Berger Oec. II. 4. th. 30. in fin. th. 56. not. 2. Hommel obs. 640. A. M., und daß noch h. z. T. Legate von dem Legatar zur Strafe verwirkt und von dem Fiscus eingezogen werden können, iſt Stryck us. mod. XXXIV. 9. §. 1. Leyſer sp. 398. m. 1.; vgl. aber Müller. ad L. obs. 618.

mm) §. 1. I. de ademt. leg. Die weitere Bedeutung des Worts translatio ſ. l. 6. D. de ad. vel transf. leg. Weſtphal §. 1446—1467. Roßhirt §. 24. S. 440. Auch die Translation kann ſowohl durch wörtliche Erklärung, als durch facta erfolgen. Ein Beiſpiel der letztern Art enthält l. 31. pr. D. de ad. vel transf. leg. Daß die wörtliche Translation, inſofern ſie das Legat auf einen andern als den urſprünglich genannten Legatar übertragen ſoll, in der gehörigen Form erfolgen müſſe, folgert man aus l. 34. pr. D. de leg. 1. l. 20. D. de adim. vel transf. leg. Berger Oec. II. 4. th. 30. not. 3. Pütter Rechtsf. IV. n. 392. Schweppe §. 912., wiewohl die angezogenen Geſetze nur von der Fähigkeit deſſen, auf welchen das Legat transferirt worden iſt, ſprechen. Uebrigens geht in dubio auf den neuen Legatar das alte Legat mit allen darauf haftenden Laſten über, l. 24. pr. l. 30. pr. D. de ad. vel transf. leg.

nn) Breuning. num omnis leg. translatio involvat ademt. L. 1773.;

wo jedoch translatio in der weitern Bedeutung der angef. l. 6. genommen wird. Es iſt nicht hinreichend, daß zu derſelben Sache ein anderer Legatar berufen wird, vgl. l. 33. 34. pr. D. de leg. 1. l. 7. D. de ad. vel transf. leg. l. 7. 23. C. de legat., weil dies auch dahin gedeutet werden kann, daß die Sache beiden Legatarien gemeinſchaftlich zufallen ſoll. Es iſt daher irgend eine Erklärung erforderlich, aus welcher zugleich eine ademtio für den erſten Legatar abgeleitet werden kann. Eine ſolche Erklärung iſt dann vorhanden, wenn dem zweiten Legatar ausdrücklich das legirt wird, was früher einem Andern legirt worden war; vgl. Overbeck Med. IV. 260. l. 5. D. de ad. vel transf. leg. d. §. 1. I. Dazu reichte aber in dem Fall die l. 30. §. 1. D. de ad. vel transf. leg. ſchon hin, daß dem zweiten Legatar das Legat als Entſchädigung für einen entzogenen Vortheil, den er nach dem erſten Teſtament zu genießen hatte, beſchieden worden war; vgl. Arch. f. civ. Pr. I. n. 33. 34. II. n. 7. v. Hartitzſch n. CCL.

oo) l. 30. §. 1. l. 31. pr. D. de ad. vel transf. leg. l. 23. C. de legat. Ueber bedingte Translation l. 7. 14. D. de ad. vel transf. leg.

pp) d. l. 6. D. de adim. l. transf. leg. Breuning. diss. l. Es ſchlägt hierbei die Regel ein, in legatis et fideicommissis novissima valet scriptura, l. 12. §. 3. D. de leg. 1. l. 87. 88. 89. 90. D. de C. et D. l. 19. C. de fid.

qq) l. 39. §. 2. D. de leg. 2. l. 6. §. 2. D. de ad. vel transf. leg. Ueber den Fall, wenn eine andre Summe legirt worden iſt, l. 9. D. de ad. vel transf. leg.; ſ. auch Zachariae lib. quaest. V. 6.

rr) d. l. 6. pr. §. 1. l. 86. §. 1. D. de leg. 1. l. 44. §. 1. D. de leg. 2.; vgl. not. aa.

ss) Hierher gehört die Verwandlung eines leg. purum in conditionatum, delib. pr. l. 14. D. de ad. vel transf. leg. Ueber den umgekehrten Fall vgl. l. 3. §. 9. D. de ad. vel transf. leg. Roßhirt S. 434.

§. 794.

Zum Schluß des Capitels über Vermächtniſſe reihen wir noch einige allgemeine Bemerkungen an: 1) für Legatarien gelten außer denen, welche in dem letzten Willen ſelbſt als ſolche bezeichnet werden [a]), auch die heredes ex re certa instituti, im Verhältniß zu andern in unbeſtimmten Theilen eingeſetzten Miterben, mit welchen ſie concurriren [b]), ſo wie nach neuerm ſächſiſchen Recht die Inteſtaterben, an welche eine beſtimmte Sache fällt, welche der

Teſtirer von ſeiner letztwilligen Verfügung ausgeſchloſſen hat [c]). Was nun in dieſem Capitel von Rechten und von Verpflichtungen der Legatare geſagt worden iſt, das gilt für dieſe eben ſo als für andere Legatare [d]). 2) Die Frage über Auslegung letztwilliger Verfügungen iſt auch in der Materie von Legaten vorzüglich wichtig [e]), und auch hier, wenigſtens nach den h. z. T. gültigen Grundſätzen, auf den erkennbaren und vermuthlichen Willen des Teſtirers zu gründen [f]), wenn aber hierbei ein entgegengeſetztes Intereſſe des Onerirten und des Legatars ſich zeigt, im Zweifel zu Gunſten des Legatars auf Erhaltung der Legate zu richten [g]). 3) Mehrere Legatare haben, in Anſehung ihrer Anſprüche, an den Nachlaß unter ſich keinen Vorzug [h]), ſie ſtehen aber damit denjenigen nach, welche als Gläubiger an denſelben Nachlaß Anſprüche machen [i]).

a) Vgl. hierbei §. 779. not. a.

b) Vgl. §. 679. 682. 787. not. c.

c) Erbg. §. 3.; vgl. §. 750. not. m.

d) Ueber Einzelnes kann freilich Zweifel entſtehen. So in Anſehung des jus accrescendi der als Legatare eintretenden Inteſtaterben. Hier können ſchwerlich die §. 779. angeführten Sätze, ſondern vielmehr nur die entſcheiden, welche auf das jus accrescendi unter Inteſtaterben, das in vielen Fällen mit dem jus transmissionis concurrirt, ſich beziehen. Davon unten. Eben ſo kann die Frage entſtehen, ob das, was nach §. 782. in der ſächſ. Geſetzgebung über fructus und usuras legatorum geſagt worden iſt, auf alle Legatarien anwendbar ſey? Inzwiſchen muß dieſe Frage im Allgemeinen bejahet werden, nur etwa in Anſehung der Legate, welche einem pupillariter oder quasi pupillariter, oder fideicommissarie substitutus hinterlaſſen ſind, ſcheint die Dispoſition der ſächſ. Deciſion beſchränkt und angenommen werden zu müſſen, daß hier fructus und usurae nicht eher als mit dem Eintritt des Subſtitutionsfalls zu präſtiren ſind; vgl. §. 778. not. g.

e) Vgl. Weſtphal Cap. 20. Bauer. resp. 39. 43. (ob Eidesantrag über Abſicht des test. Statt finde) L. 1794. resp. 84. L. 1797. (über interpr. restrictiva). Ueber den Fall, wenn der Teſtirer eine Perſon benannt hat, von welchem die Auslegung des letzten Willens geſchehen ſoll; derſ. resp. 39. L. 1794. Für welchen in dubio die Auslegung in dubio geſchehen ſoll, ob für den oneratus oder den honoratus? Madihn Miſcellen I. 36.

f) l. 24. D. de reb. dub. l. 18. §. 3. D. de instr. vel instr. l. 96. D. de R. I. l. 16. C. de fid.; vgl. l. 8. §. 1. D. de leg. 1. l. 25. §. 1. D. de leg. 3. Averan. III. c. 18. 19.

g) Nach älterm römiſchen Recht mochte dies bei den eigentlichen legatis, namentlich den ſogenannten legatis vindicationis, wohl anders ſeyn, Marezoll in Linde's Zeitſchr. IX. 4. S. 68. Dagegen findet ſich die im Text enthaltene Regel in l. 12. D. de reb. dub. und auch l. 12. D. de R. I. ſcheint dahin gedeutet werden zu müſſen. Nur in Fällen, in welchen von dem Mehr oder Weniger eines beſtimmten Legats die Rede iſt, prävalirt die Rückſicht auf den Erben, der in dubio nur das Wenigere zu präſtiren braucht, l. 9. D. de R. I. l. 14. 39. §. 6. D. de leg. 1. l. 47. D. de leg. 2. l. 75. D. de leg. 3., wiewohl auch hier oft zu Gunſten des Legatars entſchieden wird; vgl. l. 13. pr. D. de reb. dub. l. 68. pr. 101. D. de leg. 3. Ebenſo ſoll eine dem Legat beigefügte Zeitbeſtimmung zu Gunſten des Erben interpretirt werden, l. 17. D. de R. I. Daß in dubio die Interpretation für den oneratus erfolgen müſſe, nimmt an Schweppe §. 801. S. 82.; vgl. auch Leyſer sp. 395. m. 1. Die Anwendung dieſer Regeln, ſo wie manche andere ſpecielle Regeln der Interpretation, welche nicht auf das Verhältniß des honoratus zu dem oneratus ſich beziehen und zum Theil zu den allgemeinen Regeln über Auslegung letztwilliger Verfügungen gehören, ſind in dem Vorhergehenden vorgekommen.

h) Vgl. von Schirach im Arch. f. civil. Pr. II. 26.

i) l. 15. C. de legat.; vgl. §. 781. 785. Nur gegen die Gläubiger des Erben haben auch ſie jus separationis, l. 6. pr. D. de separat.; vgl. Fritz im Arch. f. civ. Pr. XII. 12.

Achtes Capitel.

Von Fideicommiſſen.

§. 795.

Ein Fideicommiß (fideic. universale, fideic. hereditatis)[a]) nennt man diejenige Verordnung des Teſtirers, wodurch er dem Erben auferlegt, die Erbſchaft (hereditas fideicommissaria) entweder ganz oder zum Theil (partem quotam) einem Andern auszuantworten[b]). Der Erbe, welchem der Teſtirer dieſen Auftrag ertheilt, wird heres fiduciarius, und derjenige, welchem die Erbſchaft ausgeantwortet werden ſoll, heres fideicommissarius genannt.

a) Chifletii tr. de fideicommissorum jure; in Ev. Ottonis thes. jur. T. V. p. 769. sq. M. A. Peregrini tr. de fideicommiss. Venet. 1594. rec. Norimb. 1725. N. C. Lyncker. de fideic. univers. Jen. 1680. J. H. Berger D. de selectis fideicommissorum capitibus; in Philocal. fori, P. I. n. 4. p. 73. Fr. L. comes de Oettingen diatribe de fideic. Helmst. 1734. J. C. Heimburg. juris comm. et german. differentiae in doctr. fid. Jen. 1743. Stryck de caut. test. cap. 21. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen (Leipz. 1791.) Cap. 18. Roßhirt Lehre von Vermächtn. I. Abh. 3. Der Begriff fideicommissum universale iſt im §. mit ausreichender Beſtimmtheit feſtgeſtellt, wenn es nicht gerade darauf ankommt, das Fideicommiß von einer andern Art der letztwilligen Verfügung, durch welche eine Erbſchaftsquote übertragen wird, dem ſogenannten legatum partitionis (§. 641. not. d.), zu unterſcheiden. Ueber den Unterſchied zwiſchen beiden vgl. Roßhirt a. a. O. §. 3. 4., welcher beides, leg. partit. und fideic. universale, unter dem allgemeinen Begriff: Univerſalvermächtniß begreift. Das Weſentliche in dem Begriff fideicommissum iſt unſtreitig, daß man aus der Verlaſſenſchaft eines Verſtorbenen etwas mittelbar durch eine andre in dem letzten Willen bedachte Perſon erhält. Daher denn auch bei jeder fideicommiſſariſchen Diſpoſition die Perſon des Onerirten und Honorirten immer als geſchieden gedacht werden müſſen, und namentlich in Beziehung auf den oneratus die Regel gilt, nemo sibi ipsi restituere potest, l. 1. §. 15. D. ad SCt. Treb. l. 3. C. de fid. Auf dieſe Weiſe ſtand das Fideicommiß der heredis institutio directa und den leg. vindicationis entgegen, während es ſich den leg. damnationis näherte. War der Gegenſtand der Diſpoſition der Nachlaß ſelbſt oder eine Quote deſſelben, ſo ließ ſich ein zweifaches Verhältniß denken; entweder das Verhältniß des Legats (leg. partitionis, das immer ein leg. damnationis war), bei welchem bloß ein obligatoriſches Verhältniß zwiſchen dem Erben und dem Honorirten vorlag, das nach außen, gegen Gläubiger und Schuldner, nicht wirkſam war; oder ein andres umfaſſenderes, vermöge deſſen der honoratus auch gegen Dritte als successor in jus defuncti auftrat. Ein ſolches Verhältniß ward durch das fideic. universale begründet, nachdem das SCt. Trebellianum verordnet hatte, daß in Fällen, in denen der Erbe angewieſen worden war, den Nachlaß ganz oder zum Theil einem Andern zu reſtituiren, auch die Klagen, welche dem Erben und gegen denſelben zuſtanden, nach dem Verhältniß der Reſtitution auf und gegen den fideicommissarius übergehen ſollten, §. 4. I. de fid. her. l. 1. §. 1—4. D. ad SCt. Treb. Das ſpätere SCt. Pegasianum §. 5. I. de fid. hered. entfernte ſich von der in letzterm aufgeſtellten Anſicht; indem es dem onerirten Erben das Recht zugeſtand, wie von Legaten,

ſo auch von fideicomm. hereditatis die quarta abzuziehen; und ſo das Verhältniß des fiduciarius zu dem fideicommissarius, dem des Erben zu dem Legatar, gleichſtellte. Nach dieſem SCt. (ob vermöge einer ausdrücklichen Beſtimmung deſſelben oder in Folge der Interpretation, bleibt ungewiß) wurden die Grundſätze des leg. partitionis mit ſeinen stipulationibus partis et pro parte in Anwendung gebracht. Indeſſen war gleichwohl SCt. Treb. nicht aufgehoben, und man wendete daſſelbe an überall, wo man nicht in dem Fall war, von dem beneficium ex SCto. Pegasiano Gebrauch zu machen. Dieſem ſchwankenden Zuſtande des Verhältniſſes bei dem fideic. hered. machte Juſtinian, in einer verloren gegangenen und nur ihrem Inhalt nach im §. 7. I. de fid. hered. aufbewahrten Conſtitution, ein Ende, indem er das Princip des SCt. Treb. zu Grunde legte, jedoch von dem SCt. Pegas. die Quarta beibehielt. Der Streit, ob man den fideicommissarius als Erben betrachten könne, über welchen zu vergleichen Fetzer Verſ. zur Bildung des röm. Rechts. Heilbronn 1802. n. 2. Hübner Zuſ. zu Höpfners Inſt. Comm. §. 10. S. 92. C. H. Haase (pr. Diemer.) de vera vi ac indole fideic. univers. L. 1805., iſt nach heutigem Recht ein Streit um Worte, ohne praktiſche Bedeutung, wie aus dem Folgenden noch deutlicher ſich ergeben wird. — Noch iſt zu erwähnen das Verhältniß der fideicommiſſariſchen Dispoſition zur Subſtitution. Nimmt man den Ausdruck Subſtitution im weitern Sinne, als ein: an die Stelle eines Andern treten: ſo iſt jede fideicommiſſariſche Dispoſition eine Art Subſtitution; vgl. Averan. interpr. IV. 6. Z. Huber. casu enucl. X. 3. 2. Madihn viciss. subst. impubl. §. 3. In der That wird auch in manchen Stellen das Fideicommiß als eine Art substitutio bezeichnet, l. 57. D. ad SCt. Treb., an Andern aber wieder unterſchieden, l. 6. §. 5. D. ib. l. 77. §. 13. D. de leg. 2.; vgl. auch Mand. v. 13. Novbr. 1779. §. 1. n. 4. C. A. C. II. 1. S. 367. Von der eigentlichen Subſtitution, bei welcher vorausgeſetzt wird, daß der Andre die Stelle gar nicht eingenommen habe, welche für ihn beſtimmt war, bleibt die fideicommiſſariſche Dispoſition, welche gerade das Gegentheil, alſo, wenn von einem fid. hereditatis s. universale die Rede iſt, daß der fiduciarius Erbe geworden ſey, vorausſetzt, weſentlich verſchieden, mithin eine fideicommissaria substitutio, in dieſem Sinne genommen, eine contradictio in adjecto. In einem andern Sinne, wenn dem fideicommiſſariſchen Erben, dafern er als ſolcher nicht eintreten könnte oder wollte, ein Anderer ſubſtituirt wird, hätte derſelbe zwar Realität, jedoch keine beſondere praktiſche Bedeutſamkeit. Was man aber gewöhnlich substitutio fideicommissaria nennt (vgl. §. 798.), iſt nur im weitern Sinne Subſtitution; vgl. §. 798.

b) §. 2. I. de fid. her. Wenn hingegen der Teſtirer dem Erben oder Vermächtnißnehmer die Entrichtung einer einzelnen Sache oder einer Geldſumme an einen Andern auflegt, ſo wird ſolches fideicommissum singulare genannt. Dergleichen Fideicommiſſe ſind aber durch l. 2. C. comm. leg. den Legaten völlig gleichgeſtellt worden; vgl. auch l. 1. D. de leg. 1. Ueber den Sinn und die Bedeutung der d. l. 2. C. und die ihr vorhergegangenen Beſtimmungen, durch welche die Annäherung der Legate und Fideicommiſſe bewirkt ward, vgl. von Löhr im Magaz. IV. 6. n. 3. u. 4. Roßhirt I. Abh. 2. Marezoll in Linde's Zeitſchr. IX. 9. S. 247. Mayer das Recht der Anwachſung S. 165. Der Unterſchied zwiſchen den fideic. universalibus und singularibus äußert ſeine praktiſche Bedeutſamkeit hauptſächlich darin, daß 1) bei dem fid. universale ein Zwang zur Agnition des letzten Willens für den Onerirten eintritt (§. 805.), daher denn auch die Frage, ob fid. univers. oder sing. vorliege, häufig in die Frage an cogi possit heres? eingekleidet erſcheint; 2) daß nach erfolgter Reſtitution der Honorirte den Erblaſſer gegen Dritte repräſentirt (§. 805. b.). Ob fideic. universale oder singulare vorliege? das kann in manchen Fällen zweifelhaft erſcheinen; vgl. l. 61. D. ad SCt. Treb. Beſonders gehört hierher der Fall, wenn als Gegenſtand des Fideicommiſſes bona mobilia und immobilia bezeichnet worden ſind; vgl. §. 772. not. a. Lyncker. diss. l. cap. 3., welcher dieſe Frage verneint.

§. 796.

A) In Anſehung der bei einem Fideicommiß vorkommenden Perſonen bemerken wir: 1) daß wer ein Teſtament zu errichten fähig iſt, auch ein Fideicommiß hinterlaſſen könne [a]); 2) daß jedem, welcher etwas aus der Erbſchaft als Erbe erhält, auch ein Fideicommiß auferlegt werden könne [b]); doch dürfen Notherben nur in Anſehung deſſen, was ſie über den Pflichttheil erhalten, mit einem Fideicommiß beſchwert werden (§. 702.) [c]); 3) daß ein Fideicommiß nur erbfähigen Perſonen hinterlaſſen werden könne [d]). Uebrigens kann ein Fideicommiß mehrern ſowohl auferlegt, als hinterlaſſen werden [e]). Was B) das Object des Fideicommiſſes betrifft, ſo wird daſſelbe immer aus dem Theil der Verlaſſenſchaft des Erblaſſers gebildet, der an den Fiduciarius gekommen iſt, und es iſt dann entweder der ganze dem Fiduciar beſchiedene Erbtheil mit mehr oder weniger Beſchränkungen [f]), oder ein aliquoter Theil deſſelben,

der von dem Erblaſſer auf verſchiedene Weiſe beſtimmt werden kann [g]). Wäre fremdes Vermögen zu dem Gegenſtand einer fideicommiſſariſchen Dispoſition gemacht worden, ſo tritt nur mit Unterſchied das Verhältniß eines wahren fid. universale ein [h]). Uebrigens kann auch der fideicommiſſariſche Erbe mit einem Fideicommiß belegt werden; welches der Fall des ſogenannten fid. successivum iſt [i]).

a) l. 2. D. de leg. 1.

b) §. 11. I. de fid. her. l. 77. §. 1. D. de leg. 2. Dahin gehören auch Inteſtaterben §. 8. 10. 11. I. de fid. her. l. 1. §. 5. l. 78. pr. l. 3. 5. C. ad SCt. Treb. Daß auch ein heres substitutus mit einem fid. universale belegt werden könne, leidet keinen Zweifel. Wird doch ſogar angenommen, daß die Inteſtaterben eines intra pubertatem verſtorbenen Pupillen gehalten ſind, dem ungültiger Weiſe in einem Codicill pupillariter Subſtituirten den Nachlaß als Fideicommiß auszuantworten, l. 76. D. ad SCt. Treb.; dazu A. Faber. conj. XV. 14. add. l. 14. C. de fideic.; vgl. J. W. V. 29.

c) Ueber Fideicommiſſe, die der Erblaſſer ſeinen Kindern auferlegt, G. L. Boehmer. de liberis fideic. oneratis, in deſſen Elect. jur. civ. I. 6. Die vornehmſten Eigenthümlichkeiten, welche in dieſem Fall fideicommiſſariſcher Dispoſition eintreten, ſ. §. 798. 799. n. 2. §. 803. Ueber den Fall, wenn ein Ehegatte den andern mit einem fid. universale belaſtet hat, vgl. J. Fr. Herrmann. de juribus et obligationibus vidui Saxon., qui test. uxoris fideic. universali oneratus est. L. 1793., wobei jedoch die Beſtimmungen des Erbg. §. 71. j. §. 4. 5. zu vergleichen ſind.

d) l. 67. §. ult. D. ad SCt. Treb. Auch der dem eingeſetzten Erben direct Subſtituirte kann mit einem fid. universale bedacht werden, l. 6. §. 5. ib. Eben ſo ein Notherbe, der in dem Teſtament übergangen worden iſt, l. 27. §. 6. 12. ib. In beiden Fällen ſteht dem Fideicommiſſar die Wahl zu, entweder von dem Fideicommiß oder von ſeinem ſonſtigen Recht Gebrauch zu machen. Ueber Fideicommiſſe zu Gunſten der Miterben vgl. l. 78. §. 4. 5. l. 81. ib. Ob ein ſolches Fideicommiß anzunehmen ſey, wenn Mehreren eine Erbſchaft oder eine Quote unter der Bedingung hinterlaſſen worden iſt, daß bei dem Ableben des Einen, deſſen Antheil den Andern zufallen ſolle; dieſe Frage kam in Betracht in dem im J. W. I. 27. 62. mitgetheilten Falle. Ueber den Fall, in welchem der, dem der Nachlaß oder ein Theil deſſelben zu reſtituiren iſt, nicht als honoratus, ſondern als minister, executor ultimae voluntatis anzuſehen iſt, l. 78. §. 1. D. ad SCt. Treb.

e) l. 23. 78. §. 4. 5. D. ad SCt. Treb. Daß mehrere Fiduciarerben in der Regel, wie mehrere mit Legaten belaſtete Erben pro portione hereditaria gehalten ſind, folgt aus l. 23. 24. 64. §. 2. D. ad SCt. Treb. Bei mehrern Fideicommiſſarien tritt entweder ein Recht der Auswahl für den Fiduciarius ein, l. 77. §. 4. 29. D. de leg. 2. l. 17. §. 6. D. ad SCt. Treb.; vgl. Berger. corollar. ad diss. laud.; oder alle kommen entweder gleichzeitig oder ſucceſſiv zur Perception. Ueber den letztern Fall vergleiche die letzte Note zu dem gegenwärtigen §. In dem Fall der gleichzeitigen Concurrenz der mehrern Fideicommiſſarien iſt die Frage, ob unter denſelben jus accrescendi Statt finde? Dieſe Frage ſcheint von Mayer Recht der Anwachſung S. 131. 156. mit Recht verneint zu werden, weil zwiſchen dem Fiduciar und Fideicommiſſar ein Obligationsverhältniß entſteht, der erſte gegen den letztern nur ein perſönliches Forderungsrecht hat, das von einzelnen Inhabern des Forderungsrechts nur pro rata geltend gemacht werden kann, ſo daß hier eine eigentliche conjunctio nicht anzunehmen iſt. Dieſe Anſicht iſt zwar in Anſehung der fideicommissa singularia nach deren Gleichſtellung mit den Legaten, nicht aber in Anſehung der fid. universalia verändert worden. Nach der erfolgten restitutio fideicommissi iſt aber jus accr. nicht weiter möglich. A. M. iſt wegen l. 5. §. 1. l. 7. de reb. dub. l. 16. §. 2. D. ad SCt. Treb. Baumeiſter das Anwachſ.-Recht unter Miterben, Tübingen 1829. §. 14. S. 119. Roßhirt a. a. O. §. 17.; man vgl. über die angef. Geſetze Mayer S. 132. 136.

f) Hierher gehört der Fall, wenn dem Fiduciar auferlegt worden iſt, ſeinen Erbtheil mit Ausnahme gewiſſer Sachen zu reſtituiren, §. 9. I. de fid. her. l. 1. §. 16. l. 30. §. 3. D. ad SCt. Treb.; vgl. über die Eigenthümlichkeiten dieſes Falles §. 805. b. Doch kann in dem Fall, wenn die Quote eines Nachlaſſes zu reſtituiren iſt, auch ein legat. partiarium angenommen werden; vgl. das Urthel in Schwarze u. Heyne Unterſ. Anh. h. 12. Eben ſo kann das fideicomm. entweder bloß auf den Erbtheil, oder auch auf Alles, was aus dem Nachlaß auf den Erben gelangt iſt, ſich beziehen. Ob in dem Fall, wenn dem Erben auferlegt worden iſt, die ganze Erbſchaft zu reſtituiren, darunter auch das begriffen ſey, was er jure accrescendi von einem Miterben erworben hat? iſt quaestio voluntatis; vgl. l. 3. l. 78. §. 10. D. ad SCt. Treb. Vinnius quaest. I. 55. Cujac. XII. obs. 12. Marezoll in Linde's Zeitſchr. VI. 10. Mühlenbruch doctr. pand. §. 754. Roßhirt §. 9. S. 172.; vgl. auch Weſtphal Rechtsgutachten. 67. A. n. 21. Das, was der Fiduciar von einem Dritten conditionis implendae caussa erhalten hat, wird in der Regel nicht reſtituirt, l. 44. §. 4. 5. D. ad l. Falc.

g) §. 2. I. de fid. her. l. 27. §. 5. D. ad SCt. Treb. Auszuzeich-

nen iſt der Fall, wenn das Fideicommiß nach Ablauf einer beſtimmten oder unbeſtimmten Friſt zu reſtituiren und auf das beſchränkt worden iſt, was dann noch vorhanden ſeyn wird; fideicomm. ejus, quod superfuturum est; vgl. §. 800. Immer muß aber eine Quote der Erbportion Gegenſtand des Fideicommiſſes ſeyn. Dabei entſteht denn die Frage: ob auch die Erbſchaft eines Dritten, die dem Teſtirer deferirt, und, wie ſich von ſelbſt verſteht, erworben worden iſt, Gegenſtand eines Univerſal-Fideicommiſſes ſeyn könne? Die Frage wird bejahet von Heise de aliena hered. rest. Götting. 1816. §. 37. sqq. Schweppe §. 941. l. 16. §. 5. 6. D. ad SCt. Treb. A. M. iſt Pufendorf. II. obs. 80. §. 4. Haſſe rhein. Muſ. S. 532. Mühlenbruch doctr. pand. §. 753. a. E. Roßhirt §. 3. S. 140. Ueber die hierbei für nöthig erachtete Feſtſtellung des Textes vgl. Haſſe not. 40. Nach demſelben iſt d. l. 16. bloß von dem Fall die Rede, wenn der fiduciarius die Erbſchaft des Teſtirers nicht antreten will, weil er die in derſelben begriffene Erbſchaft des Dritten für suspecta erklärt. In dieſem Fall ſoll gegen den fiduciarius der Zwang zum Erbſchaftsantritt mit den gewöhnlichen Folgen geltend gemacht werden können; vgl. §. 805. Von dem Fall, wenn die Erbſchaft des Dritten dem Erblaſſer mit der Auflage, ſolche dem von ihm eingeſetzten Erben zu reſtituiren, überlaſſen worden war, handelt l. 77. §. 31. D. de leg. 2., über welches Geſetz zu vergleichen Haſſe a. a. O. S. 519.

h) Vgl. Pufendorf II. obs. 80. Hommel obs. 401. Schweppe §. 941. Haſſe a. a. O. S. 500. ff. Heiſe diss. l. Gottſchalk diss. II. 1. Daß ein fideic. singulare, wie ein Legat auch auf res alienas ſich beziehen könne, iſt nicht zu bezweifeln; vgl. §. 754. Allein auch eine fremde Erbſchaft kann Gegenſtand eines Fideicommiſſes werden, l. 114. §. 7. D. de leg. 1. l. 17. §. 1. l. 27. §. 9. D. ad SCt. Treb., wobei ſich aber von ſelbſt verſteht, daß der Onerirte in der Verlaſſenſchaft des Teſtirers den Gegenſatz dafür finde; vgl. d. l. 17. §. 1. 2. 3. l. 27. §. 10. Es iſt nun aber die Rede 1) von der Erbſchaft eines Dritten, die nicht etwa, wie in dem not. g. erwähnten Fall, dem Teſtirer bereits angefallen iſt. In dieſem Fall ſind die Grundſätze des legat. rei alienae anzunehmen. Der Honorirte gilt in Beziehung auf den Teſtirer, von welchem die fideicommiſſariſche Dispoſition ausging, als Legatar; der Onerirte aber kann nicht gezwungen werden, die Erbſchaft des Teſtirers anzutreten, d. l. 27. §. 9. 10. In Beziehung auf den, von deſſen Erbſchaft die Rede iſt, tritt er nach Erwerb der Erbſchaft jeden Falls in daſſelbe Verhältniß, wie ein emtor hereditatis. Daß derſelbe, wenn er als Erbe die ihm hinterlaſſene Erbſchaft angetreten hat, die Verfügung des Teſtators befolgen müſſe, ohne darauf ſich berufen zu können, daß er nur quoad vires here-

ditatis gehalten ſey; Hommel. obs. 166. 401. Biener. qu. 41. 44. 45. in opusc. II. 186. ff. Gottschalk. diss. II. 5. p. 52. J. W. V. 29. 2) Die Erbſchaft des Onerirten kann Gegenſtand des Fideicommiſſes werden, wenn der Erbe angewieſen worden iſt α) einen Dritten zum Erben einzuſetzen, d. l. 114. §. 6. 7. D. de leg. 1. l. 70. §. 2. D. de leg. 2. l. 17. pr. D. ad SCt. Treb. l. 41.; β) zu Gunſten eines Inteſtaterben nicht zu teſtiren, l. 77. §. 24. D. de leg. 2. l. 74. D. ad SCt. Treb. Es läßt ſich aber auch γ) eine mehr directe Anordnung denken, durch welche dem Erben zur Pflicht gemacht wird, ſeinen Erben mit einem Fideicommiß zu belaſten. Ueber die Anſicht, daß eine fideicommiſſariſche Dispoſition der ſogenannten subst. quasi pupillaris zu Grunde liege, ſ. §. 722. not. a. Bei allen dieſen verſchiedenen Anordnungen kann das fideicommissum ſowohl auf den ganzen Nachlaß des Erben, als auf einen Theil deſſelben ſich beziehen; nur in dem Fall β) iſt anzunehmen, daß das Fideicommiß auf den ganzen Nachlaß gelegt worden ſey; obſchon nach ſächſ. Recht nicht zu zweifeln iſt, daß eine Dispoſition, durch welche der Erbe angewieſen wird, über einen Theil ſeines Nachlaſſes zu Gunſten eines Inteſtaterben nicht zu disponiren, gültig und wirkſam ſey, a. des Erbg. §. 2. Auf dieſe Weiſe tritt nun, A) wenn der belaſtete Erbe antritt, eine Univerſalſucceſſion ein, l. 55. §. 2. D. ad SCt. Treb., und es entſteht ein fideicommiſſariſches Verhältniß zwiſchen dem von ihm eingeſetzten Erben als Fiduciar, und dem, zu deſſen Gunſten die Dispoſition erfolgt iſt, als Fideicommiſſar; welches nur dadurch beſeitigt werden kann, daß der onerirte Erbe dem Fideicommiſſar dasjenige direct hinterläßt, was derſelbe durch das Fideicommiß erlangen ſollte, l. 123. pr. D. de leg. 1.; vgl. jedoch l. 6. §. 5. D. ad SCt. Treb. Das Aequivalent für den belaſteten Erben iſt hier die Erbſchaft des Teſtirers. Freilich ſcheint dieſelbe dieſe Bedeutung zu verlieren, wenn ſie zugleich mit der Reſtitution unterworfen worden iſt, und mehrere, vorzüglich aber Haſſe a. a. O. S. 500. ff. nehmen daher auch hier die fideicommiſſariſche Dispoſition nur in ſoweit als gültig an, als durch jene Erbſchaft dem onerirten Erben ein Vortheil zu Theil geworden iſt, den er nicht zu reſtituiren braucht. Die gemeine, auch von Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1428. S. 233. vertheidigte Meinung iſt aber, daß der erfolgte Erbſchaftsantritt jeden Einwand des onerirten Erben ausſchließe. Wenn aber B) der belaſtete Erbe nicht angetreten hat, ſo entſteht die Frage, ob gegen ihn ein Zwang zum Erbſchaftsantritt, wie bei einem gewöhnlichen Fideicommiß, Statt finden könne? Dieſe Frage ſcheint bejahet werden zu müſſen, aber mit der Beſchränkung, daß dann bloß die dem Erben beſchiedene Erbſchaft als Fideicommiß angeſehen werden kann, durch deren Abtretung er von allen weitern Verpflichtungen ſich losmacht. Dies

ſcheint der Sinn der l. 114. §. 6. 7. D. de leg. 1. l. 17. pr. D. l. 27. §. 8. 10. D. ad SCt. Treb. zu ſeyn. Von dem Fideicommiß, welches in einem test. correspectivo auf die Erbſchaft des Ueberlebenden gelegt worden iſt, ſ. §. 675. §. 732. not. d. Gottſchalk l. l.

i) Vgl. §. 11. I. de fid. her. l. 1. §. 8. l. 63. §. 11. 12. l. 78. §. 11. 14. D. ad SCt. Treb. Was dieſe Art von fideicommiſſariſcher Verfügung betrifft, ſo iſt zu bemerken: 1) Antritt der Erbſchaft kann nur einmal und zwar von dem direct eingeſetzten Erben gefordert werden. Den Zwang zum Erbſchaftsantritt macht geltend der erſte Fideicommiſſar, aber nur in dem Fall, wenn von dem angeordneten Fideicommiß etwas bei ihm verbleibt. Macht aber dieſer den Zwang nicht geltend, ſo geht dies Befugniß auf den zweiten Fideicommiſſar über, l. 55. §. 2. D. ad SCt. Treb. 2) Auf den letztern Fideicommiſſar gehen ebenfalls actiones hereditariae über, l. 1. §. 8. ib. 3) Wichtig iſt die Frage, ob und wie weit der erſte Fideicommiſſar, dem der Gegenſtand des Fideicommiſſes mit einem Abzug reſtituirt worden iſt, dem zweiten etwas abzuziehen berechtigt ſey? vgl. außer l. 55. l. 63. §. 11. 12. l. 78. §. 11. 14. D. ad SCt. Treb. Mehr davon ad §. 802. — Eine Art der fideic. successiva bilden die von Generation auf Generation übergehenden Familienfideicommiſſe, wohin auch der N. 159. erwähnte Fall gehört; dagegen iſt verſchieden der Fall, wenn dem benannten Fideicommiſſar ein anderer ſubſtituirt worden iſt; substitutio in fideicommisso, die man auch wohl substitutio fideicommissaria mit mehr Recht, als das, was man ſonſt unter dieſer Benennung begreift, nennen kann.

§. 797.

C) Anlangend die Form, wie ein Fideicommiß hinterlaſſen wird, ſo geſchieht ſolches I. entweder ſchriftlich mittelſt eines Teſtaments oder Codicills, oder durch mündlichen Auftrag an den Erben [a]), wobei das Nämliche zu bemerken iſt, was wir oben (§. 751.) von Vermächtniſſen angeführt haben [b]). Auch kann II. ein Fideicommiß entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend errichtet werden [c]). Das Letztere iſt z. B. der Fall, wenn der Teſtirer verordnet, daß der Erbe über die ihm zufallende Erbſchaft nicht auf den Todesfall verfügen [d]), oder daß er eine gewiſſe von ihm ernannte Perſon zum Erben einſetzen ſoll [e]). Hingegen würde das bloße Verbot der Veräußerung, ohne Beſtimmung oder in Ermangelung einer Perſon, zu deren Beſten ſolches gereichen ſollte oder könnte, für kein Fideicommiß zu achten ſeyn [f]). Ferner kann III. ein Fideicommiß durch Verwand-

lung einer directen Erbeinſetzung, die als ſolche nicht beſtehen kann, herbeigeführt werden, vorausgeſetzt, daß die Abſicht des Teſtirers den eingeſetzten Erben, wenigſtens auf dieſe Weiſe den Nachlaß ganz oder zum Theil zukommen zu laſſen, klar vorliegt, und die zur Begründung eines Fideicommiſſes erforderlichen Förmlichkeiten vorhanden ſind[c]). Endlich tritt IV. nach neuerm ſächſ. Recht das Verhältniß eines fid. universale ein, wenn in dem Teſtament die Erbeinſetzung unter Beifügung eines dies oder einer Bedingung erfolgt iſt, dergeſtalt, daß, wenn Erbeinſetzung ex die oder sub conditione suspensiva erfolgt iſt, der eingeſetzte Erbe, in dem Fall der Erbeinſetzung in diem oder unter einer Reſolutiv-Bedingung hingegen die Inteſtaterben als Fideicommiſſarien angeſehen werden[b]).

a) l. ult. C. de fideic. Bauers Erl. d. 11. Dec. v. J. 1746. Kinds Qu. for. T. I. c. 39. u. 62. (c. 42. ed. 2.). Daß, wenn ein fideic. in einem Teſtament hinterlaſſen wird, heredis institutio nöthig ſey, §. 2. I. de fid. her.

b) Außerdem können Fideicommiſſe auch durch Verträge errichtet werden. Ferd. Chr. Harpprecht D. de fideicommisso conventionali; in deſſen Disseril. Vol. II. n. 52. Leyſer Sp. 402. Von Erbverträgen ſ. den folgenden Abſchnitt. Auf die Worte der letztwilligen Dispoſition, namentlich ob ſie befehlende oder precativa ſind, kommt nach neuerm Recht nichts an, l. 118. D. de leg. 1. l. 15. C. de test. l. 21. C. de leg. l. 2. C. comm. leg., nur muß aus den Worten ein beſtimmter Wille hervorgehen, daher verba mere enunciativa oder eine bloße commendatio wirkungslos ſind; vgl. Leyſer sp. 400. und dazu Müller. ad L. obs. 623. 624. l. 11. §. 2. D. de leg. 3. l. 67. §. 30. D. de leg. 2. Berger. in coroll. ad diss. laud. p. 131. Hommel. obs. 304. Daß auch scriptura zu einem Fideicommiß nicht erforderlich ſey, l. 5. C. de fid. Nach l. 39. §. 1. D. de leg. 3. beſteht es als eine fideicommiſſariſche Dispoſition, wenn der Teſtirer auf die Frage über Anordnung eines Vermächtniſſes bejahend antwortet, ja nach l. 21. ib. und l. 22. C. de fid. bedarf es nicht einmal einer in Worten ertheilten Antwort; vgl. H. Kästner. de fid. nutu relicto. L. 1737. Indeß iſt in den angezogenen Stellen nur von einem fideic. singulare die Rede, obwohl der Schöppenſtuhl zu Leipzig in dem §. 18. der erwähnten diss. abgedruckten responso ein auf dieſe Weiſe praesente herede hinterlaſſenes Fideicommiß über eine Erbſchaftsquote für gültig erachtete; vgl. §. 652. not. a.

c) l. 16. l. 19. §. 1. D. ad SCt. Trebell. l. 34. §. ult. de leg. 2. l. 21.

D. de leg. 3. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 32. Oettingen. diss. l. II. 6. not. p. 49. und §. 9. Weſtphal §. 1553. ff. Merkwürdig ſind beſonders die l. 88. §. 16. D. de leg. 3. l. 78. pr. D. ad SCt. Treb. angef. Fälle; ferner der Fall der l. 29. ib., wo der Teſtirer ein zweites Teſtament, unter Einſetzung eines andern Erben, mit der Beſtimmung errichtet hatte, daß auch das erſte gültig bleiben ſolle. Hier wird der heres ex secundo test. als fiduciarius, der heres ex primo test. als fideicommissarius angeſehen; vgl. A. Faber. error. pragm. LXXI. 3. und oben §. 730. not. o. Ueber den Fall, wenn eine Disposition der erwähnten Art in einem test. reciproco, namentlich der Eheleute, Statt gefunden hat, vgl. §. 675. not. c. §. 732. not. d. u. die daſ. angeführten Rechtslehrer, Haſſe im rh. Muſ. III. S. 500. ff. Pufendorf II. 81. IV. 90.

d) l. 77. §. 24. 30. D. de leg. 2. l. 74. pr. D. ad SCt. Treb.; vgl. auch §. 796. not. h.

e) l. 116. §. 6. 7. de legat. 1. l. 88. §. 16. de legat. 2.; vgl. auch hier §. 796. not. h. Andere hierher gehörige Beiſpiele ſ. bei Berger a. a. O.

f) l. 114. §. 14. de legat. 1. l. 93. pr. l. 38. §. 4. de leg. 3. Aehnliches wird in dem Fall gelten, wenn der Teſtirer die Beſtimmung: der Erbe ſolle mit einer gewiſſen Sache oder Summe ſich begnügen, getroffen hätte; l. 69. pr. D. de leg. 2. l. 77. §. 30. ib. Vgl. übrigens Huber. prael. ad Pand. XXXVI. I. §. 20. Canngießer dec. 49. Hommel obs. 756. Schmidt Abh. I. 54. In Sachſen würde dagegen die Dispoſition des Erbg. §. 2. eintreten. Eben ſo wenig würde in dem bei Brockes obs. 268. angef. Fall, in welchem der Teſtirer angeordnet hatte, daß, was nach dem Tode des Erben von dem dieſem zugefallenen Nachlaß übrig ſeyn würde, dem zufallen ſollte, welchem es zukommt, als Fideicommiß anzuſehen ſeyn; da in einer ſolchen Dispoſition nicht einmal eine Beſchränkung des Rechts zu teſtiren deutlich ausgeſprochen worden iſt. A. M. iſt jedoch der genannte Rechtslehrer ſelbſt, der ein Fideicommiß zu Gunſten der Verwandten des Teſtirers annimmt. Das Verbot der Veräußerung zu Gunſten einer beſtimmten Perſon kann aber auch bisweilen nur als ein derſelben beſchiedenes Vorkaufsrecht anzuſehen ſeyn. Ob da, wo ein wahres Fideicommiß vorliegt, das Veräußerungsverbot auch auf die Erbportion, welche dem Erben jure accrescendi zufällt, zu erſtrecken ſey? ſ. Breuning, an cui port. hered. alienatio interdicta ejus quae jure accr. acquirit, alienatio sit prohib. L. 1776.

g) In dieſer Beziehung iſt beſonders clausula codicillaris von Wichtigkeit; vgl. §. 818. 819.

h) Erbgeſ. §. 6. Kriegel diss. l. §. 26. 27.

§. 798.

Ferner III. kann ein Fideicommiß entweder unbedingt, oder mit Beifügung einer Bedingung hinterlaſſen werden [a]). Außer demjenigen, was wir von den Bedingungen ſchon oben (§. 683.) angeführt haben, iſt hier nur noch zu bemerken, daß, wenn der Teſtirer ſeinen Kindern ein Fideicommiß auferlegt, ſolches allezeit unter der ſtillſchweigenden Bedingung, wenn ſie kinderlos ſterben, zu verſtehen ſey [b]). Endlich IV. wird auch ein Fideicommiß gewöhnlich unter Beifügung einer gewiſſen Zeitbeſtimmung hinterlaſſen, vermöge welcher der Erbe die Erbſchaft oder den beſtimmten Theil derſelben entweder von dem hierzu feſtgeſetzten Tage an auszuantworten, oder auch erſt nach ſeinem Tode dem fideicommiſſariſchen Erben zu hinterlaſſen ſchuldig iſt [c]).

a) §. 2. I. de fideic. hered.

b) l. 30. C. de fideic. l. 6. C. de inst. et subst. l. 102. D. de cond. et demonstrat. A. Faber. conject. VII. 14. Error. pragm. XX. 10. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 32. n. 8. Boehmer. diss. l. §. 12. Huber. prael. ad Pand. l. l. §. 6. sq. Lyncker. diss. de fid. un. cap. 10. Berger. diss. l. §. 1. 3. Weſtphal Rechtsgutachten n. 67. 13. Was hier zu Gunſten der Kinder angenommen wird, gilt nicht auch für andre Verwandte, vgl. Lyncker diss. I. Carpzov III. 8. def. 9. Die Bedingung si sine liberis decesserit, kann auch ausdrücklich mit oder ohne Beſchränkung, vgl. Leyſer sp. 404. med. 4. 5., beigefügt werden; und liegt auch in der Beſtimmung, daß der Bedachte etwas gebe, wenn er einen Fremden als Erben hinterlaſſen ſollte, l. 17. §. 8. D. ad SCt. Treb. Im Allgemeinen iſt über die angegebene Bedingung noch zu bemerken: 1) unter Kindern ſind nur leibliche, nicht adoptivi, l. 76. D. de C. et D., und, wenigſtens wenn eine Mannsperſon auf die angegebene Weiſe onerirt worden iſt, libri legitimi zu verſtehen, l. 17. §. 4. D. ad SCt. Treb.; vgl. auch l. 77. §. 13. D. de leg. 2.; doch ſchadet es nicht immer, wenn die Ehe mit einer Perſon eingegangen worden iſt, welche nicht fähig war eine Ehe einzugehen; vgl. l. 77. §. 1. D. ad SCt. Treb. Ob man in dieſer Beziehung auch Brautkinder als legitimos betrachten dürfe, iſt zweifelhaft, ſcheint aber in dem Geiſt der neuern ſächſ. Geſetzgebung kaum anders als bejahend beantwortet werden zu können. 2) Das Abſterben der Kinder vor dem Vater macht dieſe Bedingung eintreten; d. l. 114. §. 13. l. 17. §. 7. D. ad SCt. Treb. Anders als in dem Fall der conditio, si liberos

habuerit, l. 4. C. qu. dies leg. Das Gegentheil wird angenommen, wenn die Kinder, oder auch nur eins derſelben den Tod der Eltern eine, wenn auch noch ſo kurze, Zeit überlebt hat; l. 101. §. 1. D. de C. et D. l. 57. §. 1. l. 77. D. ad SCt. Treb. Puſendorf. II. 172. Ob die Beſtimmungen der l. 53. §. 2. C. de episc. et cler. N. 123. c. 37., zu Folge deren daſſelbe angenommen wird, wenn der Fiduciar in ein Kloſter tritt und dieſem ſein Vermögen hinterläßt, noch h. z. T. und namentlich unter den Genoſſen der proteſtantiſchen Kirche gelte, iſt zu bezweifeln. Uebrigens bleibt auch der nicht kinderlos, welcher eine ſchwangere Frau hinterläßt, l. 20. D. ad SCt. Treb. l. 18. D. qu. dies leg.; vgl. Cramer. obs. jur. univers. I. 368. Was Rechtens ſey, wenn Eltern und Kinder uno periculo umkommen, l. 17. §. 7. D. ad SCt. Treb. Ueber den Fall, wenn zwei Brüder gegenſeitig mit einem ſolchen Fideicommiß belaſtet worden ſind, l. 57. §. 1. D. ad SCt. Treb. Wenn für den Fall des kinderloſen Abſterbens beider ein Dritter ſubſtituirt worden iſt, und der erſte Bruder bei ſeinem Ableben Kinder hinterläßt, der zweite aber kinderlos verſtirbt, ſo erlangt dieſer die Erbportion des zuletzt Verſtorbenen. Hommel obs. 907. l. 10. C. de impub. et de subst. Böhmer Rechtsf. I. 15. Hommel obs. 907.; vgl. auch Stryck succ. ab int. diss. VII. c. 3. §. 7. 3) Unter Kindern ſind wenigſtens im römiſchen Recht auch Enkel zu verſtehen, l. 1. C. de cond. ins. Andere Anſichten ſ. bei Berger diss. I. qu. 9. und das dabei angez. resp. 2. 3. Böhmer diss. I. §. 2. Gottſchalk disc. III. 4. p. 60. J. W. V. 29. 4) Daß der mit dem Fideicommiß Belaſtete die Kinder als Erben hinterlaſſe, iſt nicht nöthig, l. 14. §. 13. D. de leg. 1. Ueber den Fall, wenn mehrere Kinder unter dieſer Bedingung onerirt worden, und nur einige kinderlos ſterben, vgl. die responsa bei Berger diss. I. p. 99. 100.

c) d. §. 2. I. de fideic. hered.; vgl. Gottſchalk III. 3. Hier iſt der Punct, an welchen die Theorie deſſen, was man gewöhnlich substitutio fideicommissaria nennt, angeknüpft werden muß. Mit dieſen Worten bezeichnet man nämlich eine Verfügung, durch welche beſtimmt wird, daß die dem eingeſetzten Erben beſchiedene Erbportion ganz oder zum Theil nach deſſen Tode auf einen Dritten übergehen ſoll. Häufig kommt hierbei der Ausdruck restituere vor, obgleich eigentlich ein Verſtorbener nicht reſtituiren kann, l. 57. §. 1. 2. D. ad SCt. Treb. l. 41. §. 3. D. de V. et P. 5. Als Fiduciarius gilt hier der Erbe des Erben. In dieſem Sinne kommt, wie die angeführten Stellen und außer ihnen mehrere andere zeigen, subst. fideicommissaria in dem röm. Recht ganz gewiß vor. Die Zweifel, welche dagegen Weiske im Archiv für prakt. Rechtskunde II. 11. vorbringt, ſind entweder unbegründet, oder müſſen auf etwas ganz Anderes, als was wir mit dem Namen subst. fideicommis-

saria bezeichnet haben, bezogen werden. Gewöhnlich interpretirt man auch c. 1. X. de test. in 6to. von einer subst. fideic.; vgl. aber Weiske a. a. O. Die Gültigkeit derſelben auch nach ſächſ. Recht läßt ſich nach Erbg. §. 6. nicht bezweifeln. Der Begriff subst. fideicommissaria hat alſo allerdings Realität, was auch dagegen A. Faber. conject. XV. 10. u. Err. pragm. XXXI. 6. Schifordegher ad Faber. lib. II. tr. 6. qu. 5. vorbringt. Wie die subst. fideic. von der gewöhnlichen substitutio, namentlich von der vulgaris, ſich unterſcheide, das iſt klar, auch bereits oben §. 795. not. a. angedeutet. Dieſe tritt ein, wenn der eingeſetzte Erbe nicht angetreten hat, und von einem Abzug der quarta iſt nicht die Rede. Die subst. fideicommissaria ſetzt dagegen Antritt der Erbſchaft von Seiten des eingeſetzten Erben voraus, und der Abzug der Quarta findet wenigſtens nach der richtigern Meinung auch hier Statt; vgl. Boehmer. in diss. de lib. fideic. onerat. §. 3. 4. Rechtsf. I. 15. S. 116. Zach. Huber. casus enucl. X. 3. §. 2. Maevius dec. VII. 16. Hommel. obs. 611 (wo aber eigentlich der Fall eines fideic. singularis vorliegt). J. W. V. 29. Dieſer weſentlichen Verſchiedenheiten halber würde es durchaus unſtatthaft ſeyn, mit einigen ältern Rechtslehrern anzunehmen, daß jede subst. vulgaris directa auch eine subst. fideicommissaria in ſich begreife; vgl. Carpzov. p. III. c. 8. def. 8. 18. Huber. ad tit. Pand. de V. et P. S. §. 3. Z. Huber. l. l. §. 3. Gleichwohl kann es in manchen Fällen zweifelhaft ſeyn, ob eine substitutio directa oder substitutio fideicommissaria vorliegt, wo denn nach der Meinung der Rechtslehrer für subst. directa zu entſcheiden iſt; Carpzov cit. def. 8. Schilter. Ex. 40. §. 44. und das resp. n. 1. im Anh. Maevius decis. IV. 181. VII. 16. Leyser. sp. 361. med. 2. Z. Huber. l. l. §. 4. der Leipz. Schöppenſtuhl bei Putoneus II. 58. §. 1. 3. J. H. Böhmer. consult. et decis. II. resp. 698. 699. G. L. Böhmer Rechtsf. I. 15. und diss. de liberis fid. onerat. §. 5.; wobei man häufig auf d. c. 1. X. de test. in 6to. ſich bezieht, obſchon nach Weiske a. a. O. daſ. nur eine Präſumtion für subst. vulgaris im Gegenſatz der subst. pupillaris angenommen wird; vgl. den Rechtsfall in dem J. W. VI. 70. Eben ſo kann in dem Fall, wenn eine Perſon mit ihren Kindern eingeſetzt worden iſt, Zweifel entſtehen, ob die letzteren direct eingeſetzt oder nur fideicommiſſariſch ſubſtituirt worden ſind? Das Erſtere wird zwar l. 11. C. de impub. et al. subst. angenommen, doch ſoll auch hier nach Beſchaffenheit der Umſtände für eine subst. fideic. interpretirt werden; vgl. Carpzov. l. l. def. 7. Böhmer. diss. l. §. 4. Höpfner Comment. §. 495. not. 3. Mehr als der subst. vulgaris nähert ſich die subst. fideic. der subst. pupillaris und quasi pupillaris; vgl. jedoch über die Unterſchiede beider Z. Huber.

l. l. §. 2. M. Madihn. viciss. subst. exemplaris §. 49. Wenn daher einem minderjährigen Kinde von der Mutter, oder auch von dem Vater ultra pubertatem oder auch in einem Codicill ſubſtituirt worden iſt, und eine ſolche substitutio aufrecht erhalten wird (vgl. §. 717. 721. not. b. und außerdem daſ. angef. Geſ. §. 9. I. de pup. subst. l. 15. 41. §. 3. D. de V. et P. S. l. 67. D. ad SCt. Treb. l. 5. C. de fideic. und dazu Cramer in Savigny's Zeitſchrift II. 13. Löhr in deſſen Magazin IV. 6. n. 2.), ſo iſt dies als subst. fideicommissaria anzuſehen; vgl. Stryck. caut. test. XVIII. 1. §. 8. Putoneus Enunc. IV. 151. Wernher. p. 1. obs. 94. En. p. 1. obs. 83. Struben rechtl. Bed. I. 81. (330. ed. 2.) und was subst. a matre factam betrifft, J. U. Cramer opusc. II. 24. Doch würde bei einer subst. ultra pubertatem facta immer vorauszuſetzen ſeyn, daß der Pflichttheil nicht belaſtet wäre; vgl. §. 702. not. 2. Daß im Gegentheil eine in dem Teſtament des Vaters für einen Pupill angeordnete subst. fideicommissaria die subst. pupillaris in ſich begreife, ſ. Huber l. l. §. 8. Eine subst. fideicommissaria kommt auch bei dem test. reciproco vor, wenn der Ueberlebende angewieſen worden iſt, ſeinen Nachlaß einem Dritten zu überlaſſen, Canngießer dec. 22.; vgl. §. 796. not. h. §. 675. not. c. §. 730. not. d. Hier kann denn auch die Frage aufgeworfen werden, ob unter dem Fideicommiß das begriffen ſey, was man von der Erbſchaft jure accrescendi oder durch Subſtitution, ferner durch Beerbung eines Miterben erworben hat. Das Letztere kam zur Sprache in einem Fall, in welchem eine Mutter, die mit ihren Kindern eingeſetzt und in Anſehung ihres Erbtheils mit Fideicommiß belegt worden war, eins der Kinder beerbt hatte, und ward, wenn ich nicht irre, zu Gunſten der Mutter entſchieden. Von andern fideicommiſſariſchen Anordnungen unterſcheidet ſich subst. fideic. nur wie species a genere, nicht wie Schilter. l. l. zu behaupten ſcheint, auch dadurch, daß bei der subst. fideic. dem Erben, bei andern Fideicommiſſen dem Teſtirer unmittelbar ſuccedirt werde; vgl. Böhmer diss. l. §. 3., der indeß irrt, wenn er glaubt, daß das Eine wie das Andre immer dieſelbe Folge habe. Uebrigens kann die subst. fideicommissaria ſelbſt wiederum ſowohl pura als conditionata, namentlich derſelben die Bedingung si sine liberis decesserit, beigefügt ſeyn; vgl. die Fälle bei Wernher I. 94. Böhmer Rechtsf. III. 222. In dem Fall, wenn der Vater ſeine unmündigen Kinder als Erben eingeſetzt und dabei verordnet hat, daß, wenn dieſe vor der Mannbarkeit verſterben würden, deren Nachlaß einem Dritten zufallen ſolle, liegt unſtreitig keine substitutio fideicommissaria, ſondern pupillaris vor. Zweifelhafter würde die Entſcheidung dann ſeyn, wenn ſtatt des Worts: Mannbarkeit, der Ausdruck: Mündigkeit gewählt worden wäre. Ferner kann subst.

fideicommissaria auch auf eignes Vermögen des Fiduciarius erſtreckt werden; inſofern es nämlich überhaupt geſtattet iſt, fremdes Vermögen zu dem Gegenſtand einer fideicommiſſariſchen Dispoſition zu machen; vgl. 796. not. h. Doch ſoll bei einer subst. pupillo facta, die als pupillaris nicht beſtehen kann, die substitutio nur in Anſehung des von dem Teſtirer verlaſſenen Vermögens gelten; vgl. §. 717. not. c. Wernher. p. VII. obs. 98. G. S. Madihn viciss. subst. imp. §. 31. Daſſelbe nimmt in Anſehung der subst. quasipupillaris an L. G. Madihn viciss. subst. exempl. §. 41. 49.

§. 799.

D) Die Wirkung eines Fideicommiſſes iſt I. daß der Erbe die Erbſchaft oder den beſtimmten Theil derſelben mittelſt eines zu Recht beſtändigen Inventariums oder einer eidlichen Specification auszuantworten ſchuldig iſt [a]), und zwar 1) wenn das Fideicommiß pure hinterlaſſen worden, ſo iſt der Erbe zu deſſen Ausantwortung ſogleich nach angetretener Erbſchaft verbunden [b]); 2) iſt es hingegen unter einer Bedingung oder Beifügung einer gewiſſen Zeitbeſtimmung hinterlaſſen worden, ſo iſt er hierzu erſt nach deren Eintritt verbunden, inmittelſt aber dem fideicommiſſariſchen Erben deshalb hinlängliche Sicherheit zu beſtellen ſchuldig [c]); doch fällt dieſe Sicherheitsbeſtellung weg, wenn der Teſtirer dieſelbe ausdrücklich verboten [d]), oder wenn er ſeinen Kindern die Ausantwortung der Erbſchaft an ihre Geſchwiſter oder an die Enkel auferlegt hat [e]); 3) daß der fideicommiſſariſche Erbe von dem Augenblick an, da er ein Recht auf das Fideicommiß erhält (ex quo dies fideicommissi cessit), mithin, wenn daſſelbe pure hinterlaſſen worden, ſogleich nach des Teſtirers Tode, und wenn es von einer Zeit oder Bedingung abhängt, nach deren Eintritt, dieſes Recht auch auf ſeine Erben überträgt [f]). 4) Wenn der Erbe von der Zeit an, da er zur Ausantwortung des Fideicommiſſes verbunden iſt, ſolches zu bewerkſtelligen zögert, ſo kann der heres fideicommissarius oder deſſen Erbe deshalb ex testamento gegen ihn klagen [g]); gegen einen Dritten hingegen, welcher das Fideicommiß als vermeintlicher Erbe oder als Beſitzer inne hat, kann er nach erfolgter Reſti-

tution die Erbſchaftsklage (hereditatis petitionem fideicommissariam) anſtellen [h]).

a) §. 7. I. de fideic. hered. Berger Oec. II. IV. 34. 4. Ob der Teſtator die Fertigung eines Inventars verbieten, und in dem Fall eines ſolchen Verbots der Fideicommiſſar nicht wenigſtens eine Specification fordern könne, ſ. Quiſtorp. rechtl. Bem. II. 14. n. 1. Behmer jus contr. I. 35. Iſt das fideicommissum auf bona heredis gelegt, ſo kann dieſer bei ſeinen Lebzeiten allerdings nicht angehalten werden, ſein eignes Vermögen zu ſpecificiren. Wie aber daſſelbe nach deſſen Ableben zu ermitteln ſey? darüber vgl. Pufendorf IV. 190. Leyſer sp. 759. m. 6. sp. 449. m. 8. Behmer. l. l. p. 266. Hagemann Erört. V. 50. S. 233. Für den Act der Reſtitution iſt keine beſondere Form vorgeſchrieben, l. 37. pr. D. ad SCt. Treb.; vgl. Schweppe §. 935., d. h. jede durch Worte oder Handlungen ausgedrückte Erklärung, durch welche das Recht des Fideicommiſſars anerkannt wird, hat die Wirkung, daß für den Fideicommiſſar die successio universalis begründet wird, auf ihn die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblaſſers übergehen. Es giebt ſogar Fälle, in welchen es einer ſolchen Erklärung gar nicht bedarf; nämlich wenn der Fiduciar latitirt, oder ohne bekannte Erben verſtorben iſt. Auch bei dem fideic. successivo (§. 796.) ſoll es einer ſolchen Erklärung nicht bedürfen, l. 7. §. 1. C. ad SCt. Treb.

b) l. 11. §. 6. l. 41. §. 13. 14. D. de leg. 3.; vgl. jedoch l. 19. pr. D. ad SCt. Treb. l. 75. §. 1. ib.

c) l. 1. §. 10. 11. D. ut leg. s. fideic. serv. causs. caveat. l. 5. §. 2. l. 14. pr. ib. l. 72. §. 3. D. de C. et D. l. 50. D. ad SCt. Treb. l. 6. §. 1. C. ib. Berger in der §. 795. not. a. angef. diss. §. 8. Pufendorf II. obs. 88. J. W. II. 59. S. 222. III. 55. VII. 116. Ueber Anticipation der Reſtitution vgl. §. 804. not. d. Die Sicherſtellung, von welcher die E. P. O. XLV. 4. ſpricht, findet hier nicht Statt. Siegel. de caut. fid. nom. praest. L. 1728. vgl. §. 781. Daß nach gem. Recht die in l. 1. C. comm. de leg. dem fideicommissarius zugeſtandene hypotheca tacita auch auf fideicomm. hereditatis ſich beziehe, iſt die freilich nicht näher begründete Meinung von Löhr Magaz. IV. 6. n. 3.

d) l. 12. D. eod. l. 2. C. ut in poss. leg. N. 108. c. 1. Wernher. p. XI. obs. 452. Carpzov p. III. c. 8. def. 38.; vgl. Zoller. ex. utrum testator caut. fideic. remittere possit. L. 1775.

e) l. 6. C. ad Sct. Trebell. Berger a. a. O. n. 6. Leyſer sp. 407. med. 1—3. Doch kann wegen gerechter Urſache auch von dieſen Perſonen Caution gefordert werden, Leyſer l. l. m. 4. Nach der angef. l. 50. D. ad SCt. Treb. kann in einem ſolchen

Fall ſogar Zwang zur ſofortigen Abtretung Statt finden, wenn der Fiduciar keine Caution aufzubringen vermag.

f) l. l. 25. D. ad SCt. Treb. l. 5. D. Quando dies legat. v. fideic. ced. Weſtphal Rechtsgutachten n. 70. §. 70. B. Glück und Geiger Rechtsf. I. 8. Ueber die unrichtige Meinung einiger ältern Rechtslehrer, daß ein fideic. nicht eher als post agnitionem oder gar erſt post restitutionem transmittirt werde, vgl. Oettingen. II. 21. Averan. interpr. IV. c. 6. 7. 8., beſonders gegen A. Faber. err. pragm. XXXI. 3. Was die transmissio bedingter Fideicommiſſe anlangt, Wernher p. VII. obs. 147. Leyſer sp. 404. med. 9. Hommel obs. 442. Schwierigkeit entſteht in Anſehung der fideicomm. post mortem fiduciarii restituenda, oder bei der ſogenannten substitutio fideicommissaria. Mehrere betrachten ein ſolches fideic. als hinterlaſſen sub die incerto, der vim conditionis hat, Hommel obs. 442. Glück und Geiger a. a. O. §. 13. Indeß ſcheint es auch hier vornehmlich auf die quaestio facti anzukommen, ob der Todestag des Erben als dies cedens oder veniens anzuſehen ſey? vgl. §. 778. not. g. §. 806. n. 2. Z. Huber. casus enucl. IX. 2. §. 12. 13. Canngiesser. dec. 65. 267. Für die Meinung der genannten Rechtslehrer bietet übrigens l. 48. §. 1. D. de I. F., ſo wie l. 77. §. 10. D. de leg. 2.; vgl. Cujac. X. obs. 39. Weſtphal §. 725. ein nicht unbedeutendes Argument. Ehe der Zeitpunct der Reſtitution eintritt, und namentlich ante diem cedentem, bleibt der Fiduciarius Erbe und Eigenthümer der Erbſchaftsſachen, obgleich mit beſchränkter Veräußerungsbefugniß; l. 27. §. 7. l. 68. pr. D. ad SCt. Treb. Leyſer sp. 406. m. 1. Schweppe §. 933. Mühlenbruch doctr. pand. §. 754.; vgl. J. W. V. 29. S. 85. Das, was von ihm gültigerweiſe rückſichtlich des Nachlaſſes verhandelt worden iſt, hat nach erfolgter Reſtitution der Fideicommiſſar zu ratihabiren. Dieſe Rechte des Fiduciars gehen, wenn er vor dem Zeitpunct der Reſtitution verſtirbt, ohne Zweifel auch auf ſeine Erben. Daß das bisher Geſagte auch in Sachſen, und namentlich für das §. 6. des Erbgeſ. angeführte fideicommiſſariſche Verhältniß anwendbar ſey, iſt im Allgemeinen nicht zu bezweifeln; vgl. Kriegel diss. l. §. 27. S. 55. Dies gilt namentlich von der Transmiſſion der Rechte des vor dem Zeitpunct der Reſtitution verſtorbenen Fiduciars. Was das Transmiſſionsrecht des Fideicommiſſars anlangt, ſo ſcheint es nicht minder ausgemacht, daß wenn der Teſtamentserbe als fideicommissarius anzuſehen, alſo, wenn er ex die oder sub conditione suspensiva eingeſetzt worden iſt, das gemeine Recht in Anwendung komme, mithin in dem Fall der institutio sub conditione suspensiva, die Rechte des fideicommissarii nur inſofern transmittirt werden, als er den Eintritt der Bedingung erlebt hat. Denn §. 8. n. 10. des Erbgeſ. ſind hier nicht

anwendbar. Sind hingegen die geſetzlichen Erben als Fideicommiſſarien zu betrachten, was vorausſetzt, daß der in dem Teſtament benannte Fiducialerbe in diem oder sub conditione resolutiva eingeſetzt worden ſey, ſo entſteht für die Anwendung der Grundſätze über die Transmiſſion eine Schwierigkeit daher, daß der Anſpruch auf das Fideicommiß nicht einem beſtimmten Individuum, ſondern den nächſten Inteſtaterben, alſo einer oder mehrern unbeſtimmten Perſonen, zugeſtanden wird, die zur Zeit des Anfalls der Erbſchaft ganz andere ſeyn können, als zur Zeit der Reſtitution des Fideicommiſſes. Nun enthält allerdings §. 26. 27. des Erbg. die Beſtimmung, daß die Nähe der Verwandtſchaft in jedem Falle, nach dem Zeitpunct des Todes des Erblaſſers, mithin auch, wenn die geſetzliche Erbfolge nicht ſofort nach dem Tode des Erblaſſers, ſondern ſpäter eintritt, zu beurtheilen ſey; folglich, wenn derjenige, welcher tempore mortis der nächſte geſetzliche Erbe war, mit Tode abgegangen iſt, deſſen Erben an ſeine Stelle treten; allein, ob dieſe Beſtimmung auch ohne Weiteres auf den hier vorliegenden Fall, wo nicht ſowohl geſetzliche Erbfolge, als vielmehr eine Art fideicommiſſariſcher Subſtitution eintritt, anzuwenden ſey? das kann wohl noch bezweifelt werden, wenn auch nicht in dem Fall, wenn der Teſtamentserbe in diem eingeſetzt worden iſt, doch aber dann, wenn eine Einſetzung sub conditione resolutiva vorliegt, welche in Beziehung auf die geſetzlichen Erben die Eigenſchaft einer Suspenſivbedingung hat. Sollte dies dennoch die Meinung des Geſetzes ſeyn, ſo wäre hiermit eine bedeutende Abweichung von der gemeinrechtlichen Theorie über den dies cedens ſanctionirt. Daß dies aber die Intention des Geſetzes wirklich geweſen ſey, das läßt ſich wenigſtens aus §. 8. des Geſ. nicht folgern. Denn hier wird offenbar eine vollſtändig deferirte, nur noch nicht angetretene Erbſchaft vorausgeſetzt. Und wäre dies gleichwohl anders, ſo müßte man daſſelbe nicht bloß von dem geſetzlichen Erben, ſondern nach §. 10. auch von dem ſpäter eintretenden Teſtamentserben annehmen. Es ſcheint demnach richtiger anzunehmen, daß in dem Fall, wenn der Teſtamentserbe sub cond. resolutiva eingeſetzt worden iſt, zwar ebenfalls die Nähe des Grades nach der Zeit des Todes des Erblaſſers beurtheilt werde (vgl. l. 32. §. 6. D. de leg. 2.), jedoch der inmittelſt verſterbende nähere Inteſtaterbe ſein Recht nicht transmittire, ſondern an ſeine Stelle die gleich nahen oder entferntern Verwandten, vermöge der Succeſſio (vgl. §. 693. not. f. §. 840.), eintreten.

g) §. 5. I. de oblig. quae quas. ex contr. Dieſe Klage iſt, von dem hiſtoriſchen Geſichtspunct aus betrachtet, keineswegs einerlei mit der actio pers. ex test., die nach §. 785. dem Legatar zuſteht; ſie iſt vielmehr aus der persecutio extraordinaria, welche ehedem bei Fideicommiſſen Statt hatte, entſtanden. Ueber das

Forum, bei welchem dieſe Klage anzubringen iſt, enthält l. 50. 51. 52. D. de jud. l. un. C. ubi fid. pet. beſondere Beſtimmungen, die aber h. z. T. bei veränderter Gerichtsverfaſſung ſchwerlich noch anwendbar ſind; vgl. Lyncker diss. l. c. 14. Daß dem Fideicommiſſar ein poſſeſſoriſches Rechtsmittel gegen den Fiduciar nicht zuſtehe, ſ. ebendaſ. c. 13.

h) l. 1. D. de fideic. hered. petit. l. 3. §. 1. ib.

§. 800.

Aus der dem Erben obliegenden Verbindlichkeit zur Ausantwortung des Fideicommiſſes ergiebt ſich ſchon von ſelbſt, daß derſelbe zu deſſen Veräußerung nicht befugt ſey, widrigenfalls der fideicommiſſariſche Erbe von der Zeit an, da es ihm zufällt, daſſelbe von jedem Beſitzer zu vindiciren berechtigt iſt [a]). Dies gilt auch dann, wenn der Teſtirer dem Erben auferlegt hat, die Erbſchaft oder einen Theil derſelben nach ſeinem (des Erben) Tode einer gewiſſen Perſon zu hinterlaſſen. Der Erbe muß deshalb Sicherheit beſtellen, und darf nichts davon veräußern, ſondern hat bloß bei ſeinen Lebzeiten das Nutzungsrecht des Fideicommiſſes [b]). Anders würde es ſich verhalten, wenn der Teſtirer verordnet hätte, daß der Erbe dasjenige, was bei des letztern Tode von der Erbſchaft noch übrig ſeyn wird, einer gewiſſen Perſon hinterlaſſen ſolle, welchenfalls derſelbe bloß in ſoweit Sicherheit zu beſtellen hat, daß nach ſeinem Tode dem fideicommiſſariſchen Erben wenigſtens noch der vierte Theil der Erbſchaft verbleiben werde; in Anſehung des Uebrigen aber kann er unter den Lebendigen, nur nicht auf den Todesfall, nach freier Willkür verfügen [c]).

a) l. f. §. 3. C. comm. de legat. c. N. XXXIX. c. 1. und die daher entlehnte Auth. res quae C. comm. leg. Das ältere Recht iſt enthalten l. 89. §. 7. D. de leg. 2. l. 25. §. 2. l. 54. 70. §. 1. l. 3. 6. 7. C. de reb. al. non alien.; vgl. übrigens G. Schweder. de alienatione bon. fideicommisso obnox. Tubing. 1705. in deſſen diss. Vol. 1., der beſonders auf N. 39. Rückſicht nimmt, Struben r. Bed. IV. 196. (339. ed. 2.). Schweppe §. 933. Roßhirt §. 12., daß unter Veräußerung nicht bloß Verkauf zu verſtehen ſey, iſt gewiß. Die angef. l. 3. C. erwähnt ſelbſt die Verpfändung als verboten. Eben dies gilt von einem Tauſch, Struben r. Bed. IV. 140. n. 343. ed. 2. Ueber Ver-

miethung auf ungebührlich lange Zeit vgl. Gottſchalk II. 1. p. 15. Ob eine Veräußerung in Folge einer transactio erfolgen könne? Schweder diss. l. §. 25. Neuhold. de transact. fiduciarii pendente fideic. condit. Vindobon. 1782., eine Schrift, die ich freilich bloß dem Titel nach kenne. Ueber andre Arten der verbotenen Veräußerung vgl. Schweder diss. l.; vgl. auch J. W. II. 10. n. 18. Die Wirkung des Veräußerungsverbots iſt Nichtigkeit der Veräußerung und ein daher entſtehendes Vindicationsrecht des Fideicommiſſars, welches keiner Verjährung unterliegt, d. l. 3. C.; vgl. Unterholzner Verjähr. I. §. 56. Gegen die Anſicht v. Löhr im Magaz. IV. 6. n. 5., welcher in dieſem jus vindicandi bloß einen Ausfluß eines dem Fideicommiſſar ertheilten Pfandrechts erblickt; vgl. Roßhirt S. 206. Zimmern im Arch. für civ. Pr. VIII. 7. n. 2. — Hingegen würde der Verkäufer ſelbſt zur Vindication des Fideicommiſſes, unter dem Vorwande, als ob der Kauf an ſich null und nichtig ſey, auf keine Weiſe berechtigt ſeyn, l. 17. D. de evict., eben ſo wenig auch deſſen Erbe, d. l. 17. l. 73. D. de evict. Wenn alſo der heres fideicommissarius zugleich auch Erbe des heredis fiduciarii wird, und deſſen Erbſchaft antritt, ſo kann er auch das vom Letztern veräußerte Fideicommiß nicht revociren; jedoch nur in ſoweit kann er es nicht, als er deſſen Erbe geworden iſt, l. 14. C. de rei vind. ibi: pro qua portione hereditas ad eum pertinet. Wäre alſo der heres fideicommissarius des Verkäufers Erbe zu einem Drittheil, ſo würde er zwei Drittheile des Fideicommiſſes zu vindiciren allerdings berechtigt ſeyn, dafern nicht der Teſtirer ſolches ausdrücklich verboten hätte. Vorzüglich ſehe man hierüber folgende claſſiſche Schrift: F. A. S. Green Quatenus heres factum defuncti impugnare possit. Sp. I. Lips. 1789. Hiernach iſt auch zu entſcheiden, ob und in wie weit Kinder als Fideicommiſſare, die von ihrem Vater als Fiduciar unternommene Veräußerung anfechten können, vgl. Struben r. Bed. I. 27. (341. ed. 2.). Ob aber der Fideicommiſſar das jus vindicandi ſogleich, oder erſt zu der Zeit der Reſtitution ausüben könne? das iſt ſtreitig. Man vgl. Hommel obs. 867. Daß das Vindicationsrecht vorausſetze, es ſey dies cedens bereits eingetreten, kann wohl als ausgemacht angeſehen werden, d. l. 3. C. Die Frage iſt alſo bloß, ob ante diem venientem daſſelbe ausgeübt werden könne, und hier ſcheint wenigſtens in Sachſen a. C. 48. p. 2. die Frage verneint werden zu müſſen. Eben ſo nach gemeinem Recht. Ein Argument, l. 67. §. 5. l. 69. §. 1. D. de leg. 2., auch l. 48. §. 1. D. de I. F., würde dafür ſprechen, wenn ſich annehmen ließe, daß daſelbſt wirklich bloß von dem die Rede wäre, was die Neuern dies veniens nennen, add. l. 115. §. 18. D. de leg. 1. Schweppe §. 919. S. 357.

b) l. 1. D. ut leg. s. fideic. servand. causs. cav. Berger Oec.

jur. L. II. T. IV. th. 32. Bauer Resp. jur. 83. L. 1797.; vgl. auch Heimburg, in der §. 795. not. a. angef. diss. I. §. 33.

c) Nov. 108. c. 1. Auth. contra C. ad SCt. Treb. Ueber das ältere Recht vgl. l. 25. §. 16. D. de hered. petit. l. 70. §. 3. l. 71. 72. D. de leg. 2. l. 54. 58. §. 7. 8. l. 80. D. ad SCt. Treb. Bauer a. a. O. Quiſtorps rechtl. Bemerkungen, Th. II. n. 14. A. Mylius de fideic. sub clausula, quicquid superfuerit relicto. L. 1687. C. W. Strecker. de fid. sub cl. quicquid post mortem superfuerit relicto. Erff. 1735. J. A. Reichardt de fideic., ejus quod superfuturum erit, ejusque differentia a debitis, quibus accepta reddenda sunt in eod. genere. Jen. 1785. Hagemann Erört. V. 50. Biener. qu. 45. in opusc. II. p. 193. Gottſchalk disc. II. 1. Roßhirt a. a. O. §. 5. S. 152. Die römiſchen Geſetze ſprechen überall nur von einem Fideicommiß der angegebenen Art, das auf bona a testatore profecta gelegt iſt; und von dem Todestag des Fiduciars als Zeitpunct der Reſtitution. Auch handelt die N. 108. bloß von Univerſalfideicommiſſen, obſchon die Anwendbarkeit der in derſelben aufgeſtellten Grundſätze auf fideicommissa singularia vertheidigt wird von Horn cl. VII. resp. 33. Strecker l. l. §. 18. Reichardt §. 14. Der vierte Theil, welcher dem Fideicommiſſar verbleiben muß, wird in der N. ſelbſt Falcidia genannt. Es tritt hier in Vergleichung mit dem gewöhnlichen Fideicommiß der umgekehrte Fall ein, denn während bei letzterm der Fiduciar die quarta abzuziehen berechtigt iſt, hat hier der Fideicommiſſar den Anſpruch auf die quarta, jedoch nicht ohne Beſchränkung; indem in gewiſſen in der N. beſtimmten Fällen der Fiduciar, wiewohl nur in subsidium bei dem Mangel andrer Hülfsmittel, auch die quarta angreifen kann. Dahin gehört der Fall der nothwendigen Ausgaben, namentlich alimenta für ſich ſelbſt und die Kinder, ingleichen der Ausgaben zur Ausſtattung von Töchtern. Jedoch auch dies wohl nicht ohne Beſchränkung, wohin namentlich gehören würde, wenn andere früher beſtrittene unnöthige Ausgaben den Mangel herbeigeführt haben ſollten; vgl. §. 801. not. e. Andere Ausnahmsfälle können nur sec. voluntatem testatoris angenommen werden; vgl. Strecker §. 24—28. Weſtphal Rechtsgutachten n. 70. a. b. Reichardt §. 9. Gottſchalk pag. 8. Das Recht, Caution zu fordern, ſchließt auch das Befugniß in ſich, Edition eines Verlaſſenſchafts-Verzeichniſſes zu verlangen; Canngießer dec. 22. Quiſtorp a. a. O. n. Wernher p. II. obs. 452. Hommel obs. 659. Dagegen ſteht dem Fiduciar, in Anſehung der übrigen drei Viertheile, ein unbeſchränktes Veräußerungsrecht zu; und es iſt den Worten wie dem Geiſt der N. entgegen, wenn einige Rechtslehrer, wie Merenda controv. IV. 24. E. Otto. vita Papinian. VI. 5. Mylius diss. l. IV. 8. Wernher, Hom=

mel l. l. annehmen, daß hier eine von dem Fiduciar unternommene Veräußerung auf den Grund einer beabſichtigten Hinterziehung des Fideicommiſſes angefochten werden könne; vgl. Pufendorf II. obs. 87. §. 1. Quiſtorp a. a. O. §. 3. Reichardt §. 11. Gottſchalk p. 7. Ueber Unſtatthaftigkeit einer Veräußerung vermöge letzten Willens oder von Seiten des Erben des Fiduciars ſind alle einverſtanden; vgl. auch Behmer, jus contr. I. 34. Gottſchalk pag. 6., welcher als ebenfalls hierher gehörig auch den Fall erwähnt, in welchem die fiduciaria bei ihrer Verheirathung in dem Ehevertrag zum Nachtheil des Fideicommiſſes disponirt. Dagegen kann für den Fiduciar oder vielmehr für deſſen Erben ein Anſpruch auf die Qu. Trebell., von welchem Hommel obs. l. ſpricht, nur dann Statt finden, wenn der Fiduciar gewiſſenhaft genug geweſen iſt, nicht einmal den vierten Theil des Fideicommiſſes zu veräußern und zu verwenden. Denn daß in einem ſolchen Fall an den Fideicommiſſar nicht bloß ein Viertheil, ſondern der ganze Ueberreſt des Fideicommiſſes komme, daran iſt ebenfalls kein Zweifel, Reichardt §. 10. Leyſer sp. 405. m. 1. 4. 6. Behmer l. l. Gottſchalk p. 6. Nur läßt ſich freilich nicht behaupten, daß bei der titulo oneroso erfolgten Veräußerung einer zu dem Nachlaß gehörigen species das dafür erlangte Geld an die Stelle der Sache trete und ſo den Defect ergänze; vgl. Mylius IV. 14. Horn l. l. Pufendorf II. 87. §. 1. Reichardt §. 12. Daſſelbe würde aber auch anzunehmen ſeyn, wenn der Fiduciar Geld aus der Erbſchaft zum Ankauf von Sachen für ſich verwendet hätte. Uebrigens kann es bisweilen allerdings in facto ſtreitig ſeyn, ob ein fideicommissum ejus quod superfuturum est, oder ein gewöhnliches Fideicommiß vorliege, vgl. den Fall bei Strecker §. 27. ff. Brockes obs. 268. Bauer resp. laud. Beſonders wird dies zweifelhaft in dem Fall des test. correspectivum, in welchem der Ueberlebende mit einem Fideicommiß belaſtet worden iſt; vgl. Biener. qu. 1. 45. Hagemann Erört. V. 50. Haſſe im rheiniſch. Muſeum. III. S. 267. ff. Ueber Unterſchied des fideic. der hier in Frage ſtehenden Art und des fid. familiae vgl. J. U. Cramer. opusc. II. 22. Auch daran hat man gezweifelt, ob und wie weit N. 108. anwendbar ſey, wenn der Nachlaß bloß in Baarſchaft beſtanden und der Fiduciar ebenfalls nur Baarſchaft hinterlaſſen hat; vgl. die verſchiedenen Anſichten und Erkenntniſſe bei Reichardt §. 14. ff. Ob, wenn das quod superfuturum est nicht nach der Zeit des Todes des Fiduciars, ſondern nach einem andern Zeitpunct beſtimmt worden iſt, die Verordnung der N. in Anwendung komme? kann wohl gefragt werden; es ſcheint jedoch der bejahenden Beantwortung dieſer Frage kein erhebliches Bedenken entgegenzuſtehen. Dagegen wird nach Gottſchalk a. a. O. nicht die N. 108., ſondern das aus den

angef. Pandectenſtellen ſich ergebende ältere Recht angewendet und angenommen, daß nur Veräußerungen, bei welchen der Fiduciar sec. arbitrium boni viri verfahren habe, als zu Recht beſtändig gelten, in dem Fall, wenn das Fideicommiß nicht allein auf den Nachlaß des Teſtirers, ſondern zugleich auf den des Erben gelegt worden war; vgl. auch Cramer. opusc. II. 24. Behmer. jus contr. I. 35. Biener. qu. 1.

§. 801.

Inmittelſt iſt doch die Veräußerung des Fideicommiſſes alsdann zuläſſig *): 1) wenn ſie mit Einwilligung Aller, welche ein Recht auf das Fideicommiß haben, geſchieht [a]); 2) wenn es der Teſtirer der Willkür des Erben überlaſſen hat, ob er das Fideicommiß ſelbſt ausantworten, oder den fideicommiſſariſchen Erben deſſen Werth erſtatten wolle [b]); 3) wenn in dem Falle, da der Erbe das Trebellianiſche Viertheil (§. 802.) abzuziehen befugt iſt, die veräußerten Stücke nur ſo viel betragen, daß ſie in dieſes Viertheil eingerechnet werden können [c]); 4) wenn das Fideicommiß in ſolchen Sachen beſteht, welche nicht erhalten werden können, ſondern zu Grunde gehen würden, doch tritt ſolchenfalls das Kaufpretium an deren Stelle [d]); 5) wenn die Veräußerung des Fideicommiſſes zur Bezahlung der Schulden oder Vermächtniſſe nothwendig, mithin der Ueberreſt der Erbſchaft hierzu nicht hinreichend iſt [e]); 6) wenn das aus dem Verkaufe gelöſte Geld zur Anſchaffung beſſerer und nützlicherer Sachen verwendet wird [f]).

*) Vgl. Schweder. diss. l. §. 7. sqq.

a) l. 120. §. 1. D. de legat. 1. l. 11. C. de fideic.

b) Auth. contra C. ad Sct. Trebell. So richtig der Satz an ſich iſt, ſo wenig folgt er doch aus der angef. Auth.

c) l. 91. D. ad leg. Falc. Berger diss. l. §. 2. Dieſe Ausnahme folgt weder aus dem angef. Geſetz, noch iſt ſie an ſich als gültig anzuſehen, da der Fideicommiſſar ein Recht auf die in dem Nachlaß begriffene species hat, für welche ihm nicht etwas Anderes obtrudirt werden kann.

d) l. 22. §. 3. D. ad Sct. Trebell.; vgl. Schweder diss. l. §. 12. hierüber Mühlenbruch doctr. pand. §. 754. not. 10. Roßhirt S. 204.

e) l. 38. D. de legat. 3. Carpzov P. III. c. 8. def. 34. Stryck caut. test. c. 21. membr. 2. §. 10. — Nicht alſo wegen Schul-

den des Fiduciars, Hommel obs. 756. Ausnahme nimmt man an, wenn die Veräußerung erfolgt, des nothwendigen Unterhalts wegen, Schweder §. 10., ingleichen wenn die Veräußerung geſchieht, um Kindern eine dos oder donatio propter nuptias zu beſtellen. Man beruft ſich deshalb nicht bloß auf die angef. N. 108. c. 1., ſondern auch auf N. 39. c. 1. und die daher entnommene Auth. res quae C. de leg., über welche zu vergleichen Schweder diss. l. Marezoll in Löhr u. Grolm. Magaz. IV. 11. n. 10. Roßhirt a. a. O. S. 204.; vgl. auch l. 22. §. 4. l. 62. pr. D. ad SCt. Treb. Die ganze Ausnahme wird bezweifelt von M. G. Wernher. decas error. Boehmerian. in doctr. de leg. Falcid. et fideicomm. Erl. 1770. §. 9. 10.

f) l. 70. §. fin. l. 71. l. 72. D. de legat. 2. Carpzov a. a. O. def. 33. An ſich iſt der bloße Nutzen, welchen die Veräußerung gewährt, kein hinreichender Grund, dieſe zu rechtfertigen; vgl. Berger diss. l. §. 9. A. M. iſt Schweder diss. l. §. 16.

§. 802.

II. Hingegen iſt auch der Erbe in dem Falle, da ihm der Teſtirer die ganze Erbſchaft, oder mehr als drei Viertheile derſelben abzutreten, auferlegt, den vierten Theil, oder ſoviel ihm daran ermangelt, abzuziehen befugt. Man nennt ſolches das Trebellianiſche Viertheil [a]). α) Der Erbe muß in dieſes Viertheil ſich Alles einrechnen laſſen, was er aus dem Teſtamente nicht nur als Erbe erhalten, ſondern auch, was ihm der Teſtirer als ein Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall ꝛc. ausgeſetzt hat [b]). Auch werden in dem Falle, da die Abtretung des Fideicommiſſes von einer gewiſſen Zeit oder Bedingung abhängt, drei Viertheile der bis dahin erhobenen Früchte und Nutzungen ebenfalls eingerechnet [c]); doch ſind Kinder, welche mit einem Fideicommiß belegt worden, hierzu nicht verbunden [d]). β) Nur der unmittelbare oder directe Erbe iſt zu dieſem Abzuge befugt, keinesweges aber der fideicommiſſariſche Erbe, wenn dieſem der Erblaſſer, das Fideicommiß wiederum an einen Andern auszuantworten auferlegt hat; ausgenommen, wenn der unmittelbare Erbe zu Gunſten des fideicommiſſariſchen von ſeinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hätte [e]). γ) Das Recht, das Trebellianiſche Viertheil abzuziehen, geht auch auf die Erben des heredis fiduciarii über [f]).

a) S. d. Tit. Inst. de fideic. hered. §. 4—8. Schweppe §. 936. Roßhirt §. 12. Die quarta, welche der heres fiduc. abzuziehen berechtigt iſt, kommt in den Geſetzen ſelbſt nie unter dem Namen: quarta Trebelliana, wohl aber häufig unter der Benennung qu. Falcidia vor, l. 18. pr. D. ad l. Falc. l. 1. §. 19. D. ad SCt. Treb. §. 5. I. de fid. her. Gleichwohl haben die meiſten der ältern Rechtslehrer die ſogenannte quarta Trebell. als eine eigne, von der qu. Falcidia in mehr als einer Hinſicht, und beſonders darin, daß in die erſtere mehr eingerechnet werde, als in die letztere, unterſchieden; vgl. Donell. comm. VII. 30. VIII. 26. H. Cocceji de differ. qu. Falcidiae et Trebell. Heidelb. 1698. und in deſſen Exerc. cur. Vol. 1. Wieling. lectt. jur. civ. II. 30. 31. A. M. ſind nach dem Vorgang von Cujac. VIII. obs. 4. die Neuern; vgl. Lindlof im Arch. für civil. Praxis IV. 30. Mühlenbruch doctr. pand. §. 758. Schweppe §. 936. Dagegen nimmt Roßhirt a. a. O. §. 11. S. 186. wieder eine Verſchiedenheit zwiſchen der qu. Falcid. und Trebell. an. Nach Roßhirt §. 11. S. 186. iſt, wenn auch nicht die ehemalige Quarta Pegasiana, doch die qu. Trebellianica des neuern Rechts von der qu. Falcidia verſchieden, inſofern dieſe nur das Verhältniß zu den Singularſucceſſoren angeht, während mittelſt jener das Verhältniß der Miterben, in welches nach neuerm Recht Fiduciar und Fideicommiſſar treten, regulirt wird. Eine neuere Schrift von Möller. de quarta Trebell. et utrum differat a quarta Falcid. Heidelb. 1825. habe ich nicht einſehen können. Es kommt hier vornehmlich auf die Auslegung einiger ſchwierigen Geſetze der l. 86. 91. D. ad l. Falcid. 24. C. Fam. erc. an, welche jedoch hier nicht weiter erörtert werden kann. In Anſehung der Rechtsmittel, um die quarta zu erlangen, iſt kein Unterſchied zwiſchen der qu. Treb. und qu. Falcidia; l. 4. D. ad SCt. Treb.

b) l. 18. §. 1. l. 22. §. 2. D. ad Sct. Trebell. l. 91. D. ad l. Falc. Bach. de his, quae imput. in Quart. Treb. in opusc. n. 12. Berger diss. 1. §. 6. J. W. V. 29. S. 84. In dieſem Punct, daß nämlich in die quarta Treb. Alles eingerechnet werde, was der fiduciarius aus dem Nachlaß, wenn auch nicht als Erbe, empfängt, beruhet der hauptſächlichſte Unterſchied, welchen man zwiſchen qu. Treb. und Falcid. annehmen zu müſſen glaubt; man ſehe aber dagegen Lindlof und Schweppe a. a. O., inzgleichen Roßhirt a. a. O. S. 193. ff. Ebenſo wenig wird in die qu. Treb. eingerechnet, quod conditionis implendae caussa accepit, l. 30. §. 7. D. ad l. Falcid., womit freilich die angef. l. 91. D. ad l. Falc. nicht übereinſtimmt; vgl. über das Geſetz §. 798. not. g. angef. Rechtslehrer Roßhirt S. 188. Wenn dagegen der Fiduciar für Reſtitution der Erbſchaft ein baares Aequivalent empfängt, ſo mindert dies den Anſpruch auf die quarta,

oder hebt denſelben auch wohl ganz auf, d. l. 30. §. 7. l. 63. §. 5. D. ad SCt. Treb. Hat der Fiduciar unerlaubte Veräußerungen vorgenommen, ſo findet zwar nicht eine eigentliche Einrechnung des Betrags Statt, wohl aber kann daher exc. compensationis entgegengeſtellt werden; l. 3. §. 7. D. ad SCt. Treb.

c) d. l. 22. §. 2. l. 27. §. 1. in f. D. ad Sct. Trebell. l. 6. pr. C. eod. Carpzov decis. 21. Wernher P. IV. Obs. 7. n. 44. Bergers philocal. for. qu. 6. p. 89. Roßhirt §. 10. S. 176.; vgl. die Bemerkungen zu §. 805. n. 1. Linde Zeitſchr. N. F. II. 3. J. W. III. 55.

d) d. l. 6. pr. §. 3. C. eod. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 34. not. 2. n. 4. S. jedoch Pufendorf T. II. Obs. 83. Schweppe §. 936. S. 401.

e) l. 1. §. 18. 19. D. ad Sct. Trebell. l. 78. §. 11. ib. Berger Oec. II. IV. 34. 1. Carpzov p. III. c. 1. def. 14. Daß, wie bei der qu. Falcid. (§. 787. not. c.) der wieder belaſtete Fideicommiſſar wenigſtens den von dem erſtern gemachten Abzug in Anrechnung bringen könne, ſoll hier nicht gelten; Cocceji diss. l. §. 7.

f) Arg. leg. 12. C. de fideicomm. l. 10. C. ad l. Falcid. Klein Rechtsſpr. II. 9. Hat alſo der Teſtirer verordnet, daß der fideicommiſſariſche Erbe erſt nach dem Tode des heredis fiduciarii die Erbſchaft überkommen ſolle, ſo ſind des Letztern Erben vor deren Ausantwortung die Trebellianiſche Quarte abzuziehen befugt. Hommel Obs. 58.; vgl. die §. sq. not. a. angef. Verordn. des Ober-app.-Gerichts. Daß der Abzug der quarta auch in den in den Erbg. §. 6. angegebenen Fällen Statt finde, ſ. Kriegel. diss. l. §. 26. p. 51.

§. 803.

δ) Hat der Teſtirer ſeine Kinder mit einem Fideicommiß belegt, ſo ſind dieſe nicht nur den Pflichttheil, ſondern auch außerdem den Trebellianiſchen Viertheil abzuziehen berechtigt [a]). Wir bemerken, 1) daß hierbei kein Unterſchied Statt finde, es mag nun das Fideicommiß pure oder mit Beifügung einer Zeit oder Bedingung hinterlaſſen worden ſeyn [b]). 2) Der Pflichttheil wird in dieſem Falle von der ganzen Erbſchaft gleich bei deren Antritt, und hernach vom Ueberreſte derſelben bei deſſen Ausantwortung das Trebellianiſche Viertheil abgezogen [c]). 3) Gleiches Recht ſteht auch den Enkeln des Teſtirers und deſſen Eltern zu [d]).

a) cap. 16. Raynutius, et cap. 18. Raynaldus, X. de testam. Dem römiſchen Recht entſpricht dieſer Satz freilich nicht; vgl. §. 5. I. de fid. her. l. 8. §. 9. D. de inoff. test. l. 1. §. 14. D. si

cui plus quam per l. Falc. l. 11. C. ad l. Falcid. l. 6. pr. C. ad SCt. Treb.; vgl. übrigens über dieſen Punct Merill. obs. I. 39. Hotomann qu. illustr. 44. Faber. error. pragm. XI. 5—7. C. F. Harpprecht. de jure deducendi duas quartas. Tubing. 1687. in diss. Vol. II. n. 58. J. F. Schneider. de jure comp. liberis fideic. univ. oneratis deducendi duplicem quart. Argent. 1728. J. P. de Ludewig diss. Trebell. et legitima exules in fideic. fructuar. Hall. 1712. (in opusc. I. n. 3. p. 1042.) cap. 2. Berger. diss. l. §. 4. 5. P. Heigii quaest. I. 32. Carpzov. p. III. c. 1. def. 20. 21. Stryck. caut. test. XVIII. 1. §. 6. Maevius decis. VII. 18. J. G. Bauer. pr. de resolut. quaestionis, quatenus heredibus, quibus debetur legitima, fid. univers. gravatis duplex legitimae et Trebell. deductio compet. L. 1744. in opusc. I. n. 13. C. P. Richter. dec. I. 47. Canngiesser. dec. hasso-cass. I. 24. Cramer. obs. jur. univ. l. 371. II. 470. IV. 1744. Böhmer Rechtsf. I. 16. u. diss. de liberis fideic. onerat. §. 17. 18. J. W. V. 29. S. 85. v. Hartitzſch n. CCCCX.

b) Leyſer Sp. 405. n. 1. Müller. ad L. obs. 633. Pufendorf tom. 1. obs. 146. T. II. Obs. 82. Hommel Obs. 58. Kind Qu. for. T. I. c. 40. l. 50. ed. 2. Heisler Abh. von der Wirkung der ſtillſchw. Cod.-Clauſel, beſonders in dem Fall, wenn der Teſtirer Perſonen, denen er den Pflichttheil ſchuldet, übergangen. Halle 1783. §. 13. ff. In den angezogenen Stellen der Decretalen iſt zwar nur von einem ſolchen Fideicommiſſe die Rede, welches unter einer Bedingung oder gewiſſen Zeitbeſtimmung hinterlaſſen worden, daher auch mehrere Rechtslehrer bloß in dieſem Falle den Kindern das Recht, außer dem Pflichttheile auch die Trebellianiſche Quarte, hingegen, wenn das Fideicommiß pure auferlegt worden, bloß den Abzug des Pflichttheils geſtatten, ſ. Berger Oec. II. IV. 34. 2. dazu Haubold not. l. m. Da aber das Fideicommiß auf den Pflichttheil ohnehin nicht erſtreckt werden kann, indem ſolcher den Kindern ohne alle Beſchwerung hinterlaſſen werden muß (§. 702.), in Anſehung des Fideicommiſſes ſelbſt aber ihnen gleiches Recht mit andern Erben zuſteht, ſo iſt kein rechtlicher Grund vorhanden, warum ſie nicht, gleich andern Erben, auch bei einem fideic. pure relicto die Trebellianiſche Quarte abzuziehen befugt ſeyn ſollten; ſ. Vinnius quaest. II. 29. Stryck. succ. ab intest. diss. VII. c. 1. §. 27. 28. Canngießer dec. 24. Kind a. a. O. u. im 4. Bde. Cap. 74. S. 446. I. S. 369. n. 2. Das Gegentheil hat das Ober-App.-Ger. laut einer Verordn. v. 6. Aug. 1836. §. 3. (G.S. n. 65.) angenommen. Daß in dieſem Fall die unterdeſſen gezogenen fructus in die qu. Treb. eingerechnet werden müſſen, Leyſer sp. 405. m. 6. Klein Rechtsſpr. II. 9.

c) Berger Oec. II. IV. 34. 2. Wernher P. XI. Obs. 548.

d) Hommel Obs. 58. Winkler ad Berger. l. c. Pufendorf a. a. O. §. 3. Hofacker §. 1539. Auch hier hat, was Adſcendenten anlangt, die erwähnte Verordnung des Ober-App.-Gerichts das Gegentheil angenommen. Der doppelte Abzug der quarta kommt hiernach bloß den Deſcendenten, aber auch deren Erben, falls der Erblaſſer nicht bereits den Abzug gemacht haben ſollte, zu. Indeß fällt auch bei Deſcendenten der doppelte Abzug weg, wenn der Erblaſſer die qu. Trebelliana verboten hat. Der Abzug geſchieht ſo, daß von dem Beſtand der reinen Erbmaſſe zuförderſt der Pflichttheil und von dem alsdann übrig bleibenden Beſtand die quarta Treb. abgezogen wird. Dies war die Anſicht von C. H. Berger. in diss. l. §. 5. gegen die Anſicht ſeines Vaters in der Oec. l. l. aufgeſtellt, welche das App.-Gericht ſchon früher befolgt hatte. Daß übrigens in Fällen, in welchen die doppelte quarta abgezogen werden kann, dies Recht auch auf die Erben der Berechtigten übergehe, entſchied auch die Jur.-Facult. zu Leipzig M. März 1836.

§. 804.

ε) Das Recht, die Trebellianiſche Quarte abzuziehen, fällt weg*), 1) wenn es der Teſtirer ausdrücklich verboten hat[a]); 2) wenn das Fideicommiß einer piae caussae hinterlaſſen worden[b]), 3) im privilegirten Teſtamente der Soldaten[c]), 4) wenn der Erbe die Erbſchaft ausſchlägt[d]), 5) wenn ein Fideicommiß mittelſt eines Erbvertrags errichtet worden iſt[e]). Hingegen wird der heres fiduciarius dieſes Rechts wegen unterlaſſener Fertigung eines Inventarii keinesweges verluſtig, indem es ſchon hinreichend iſt, wenn er zu der Zeit, da die Erbſchaft auszuantworten iſt, ſolches mittelſt einer auf Erfordern eidlich zu beſtärkenden Specification bewerkſtelligt[f]).

*) S. F. Willenberg. de Trebell. cessante, in deſſen disc. jur. n. 19. Im Allgemeinen ſind die §. 788. erwähnten Gründe auch hier anzuwenden, obwohl über Einzelnes geſtritten wird. Die quarta Tr. fällt daher auch weg, wenn der Fiduciar derſelben ſich begeben, Pufendorf II. obs. 86. oder auch die Reſtitution ohne Vorbehalt bewirkt hat, l. 68. §. 1. D. ad SCt. Treb.; vgl. Schweder. de agnit. et approb. ult. volunt. §. 36.

a) Nov. 1. c. 2. §. 2. Leyſer Sp. 405. m. 4. 5. Müller. ad L. obs. 635. Auch ſelbſt ſeinen Kindern kann der Teſtirer ſolches gültiger Weiſe verbieten. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 34. not. 2.; ingl. die §. 795. sub a. angef. diss. qu. 4. Puton. enunc. III. 110. Stryck de caut. test. XXII. 1. §. 16. succ.

et intest. diss. VII. c. 1. §. 30. sqq. Schweder. diss. l. §. 34. P. Müller. de prohibita a testatore Trebell. Jen. 1685. Marezoll in Grolm. u. Löhr Magaz. IV. 19. S. 357. A. M. iſt Gräff diss. de leg. Falcid. II. 3. Cocceji in der ad §. 802. angef. diss. §. 23. Die im §. vorgetragene Anſicht iſt auch die in der angezogenen Verordnung des Ober-App.-Ger. gebilligte. Der Abzug der quarta iſt auch dann ausgeſchloſſen, wenn der Fiduciar die Reſtitution gegen ein von dem Fideicommiſſar zu erlangendes Aequivalent bewirken ſoll, l. 30. §. 3. 4. l. 63. §. 5. D. ad SCt. Treb. Bei einem fideicomm. ejus, quod superfuturum est (§. 800. not. c.) wäre übrigens ein ſolches Verbot ohne Bedeutung, wie der Schöppenſtuhl zu Leipz. im Mai 1831. entſchied.

b) Carpzov Respp. Lib. VI. Resp. 25. Boehmer. de privileg. piar. causs. I. §. 18. Zeitſchr. N. F. IV. xxxi.

c) l. 3. §. 1. D. ad SCt. Trebell.

d) §. 7. I. de fid. hered.; vgl. §. 805. Die Rede iſt hier von dem Fall, in welchem der Fiduciar den Erbſchaftsantritt verweigert, und nach älterm Recht Zwang gegen denſelben geltend gemacht werden konnte, l. 4. 14. §. 4. l. 27. §. 2. 14. l. 43. 55. §. 3. D. ad SCt. Treb. Eine andere Frage iſt, ob, wenn erſt nach dem Tode des Fiduciar das Fideicommiß zu reſtituiren iſt, der Fiduciar berechtigt ſey, unter Abzug der qu. Trebellianica ſofort zu reſtituiren? vgl. Voigtl. Mitth. III. 7.; wo die Frage verſchieden beantwortet worden iſt; Strippelmann Entſch. des Ober-App.-G. zu Kaſſel II. 12.

e) Joh. Gottfr. Bauers D. de quarta Trebellianica in pacto nuptiali exule. Lips. 1731. in Opuscc. T. I. p. 119. seqq. Hommel Obs. 204. Winkler ad Bergeri Oec. II. IV. 34. not. 10. Der entgegengeſetzten Meinung iſt Berger Oec. L. II. T. IV. th. 32.

f) Berger El. disc. for. Tit. 18. Obs. 6. not. 8. Hommel Obs. 58. Overbeck Med. I. 48. A. M. iſt Schilter. Ex. 40. §. 25. Stryck l. l. m. 2. §. 3. Pufendorf 1. obs. 147.; vgl. auch Fachineus jus contr. IV. 38. XIII. 54. Walch jus contr. II. 42. §. 48.

§. 805.

III. Was endlich die Abtretung der Erbſchaft ſelbſt betrifft, ſo bemerken wir rückſichtlich A) der damit zuſammenhängenden Rechte und Verpflichtungen der Intereſſenten, 1) daß in Abſicht auf die Nutzungen das Nämliche gelte, was wir oben von Vermächtniſſen angeführt haben (§. 782.), mithin, wenn das Fideicommiß pure hinterlaſſen worden, der Erbe die bis zu Ablauf des 30ſten nach des Teſtirers

Tode erhobenen Früchte, der Fideicommiſſar aber die nachher verfallenden fordert, oder wenn das Fideicommiß erſt nach Eintritt einer gewiſſen Zeit oder Bedingung auszuantworten iſt, erſt von dieſer Zeit an die Nutzungen erhält[a]); 2) der Fiduciar iſt α) Behufs der Reſtitution die Erbſchaft anzutreten verpflichtet. Daher fand nach römiſchem Recht gegen ihn ein Zwang zum Erbſchaftsantritt mit der Wirkung Statt, daß der Fiduciar, welcher es zu dieſem Zwange kommen ließ, aller Vortheile, die er als Erbe anzuſprechen das Recht hatte, verluſtig, dagegen aber auch in dieſer Hinſicht nicht verpflichtet ward, vielmehr in dieſer Beziehung der Fideicommiſſar an ſeine Stelle trat[b]). Nach neuerm Recht nimmt man an, daß, wenn der Fiduciar den Erbſchaftsantritt verweigert, der Fideicommiſſar an ſeiner Stelle und mit den nämlichen Wirkungen antreten könne[c]). β) Der Fiduciarius iſt ferner zu Herausgabe der einzelnen in dem Fideicommiß begriffenen Erbſchaftsſachen[d]), ſo wie auf Abtretung der dahin gehörigen Rechte gehalten, welche erſt von ihm für den Nachlaß erworben wurden[e]); endlich γ) zu Erſatz von Schaden verpflichtet. Doch iſt er, was Letzteres betrifft, bloß den mit Vorſatz und durch grobe Fahrläſſigkeit verurſachten Schaden an den Fideicommißgütern zu erſetzen ſchuldig, für ein mäßiges Verſehen aber nicht verantwortlich[f]); 3) dagegen kann der heres fiduciarius, ſo wie deſſen Erben außer dem Anſpruch auf die quarta, die Erſtattung der auf das Fideicommiß verwendeten nothwendigen Koſten und Verbeſſerungen[g]), ingleichen in dem Fall, wenn ihm gegen Reſtitution der Erbſchaft gewiſſe Sachen aus dem Nachlaß angewieſen worden ſind, Gewährleiſtung wegen derſelben[h]), ſo wie Entledigung von den, während der Zeit der von ihm geführten Adminiſtration, rückſichtlich des Nachlaſſes übernommenen Verbindlichkeiten fordern[i]).

a) Deciſ. 12. v. J. 1746. Bauer Erl. §. 10. 11.; vgl., was dieſen Punct betrifft, die Bemerkungen zu §. 782. So viel iſt gewiß, daß wenn die decis. 12. auch auf fideic. universalia zu beziehen iſt, bei Fideicommiſſen, welche erſt nach dem Tode des

Fiduciars zu reſtituiren ſind, die bei Lebzeiten deſſelben gezogenen Nutzungen nicht in die Reſtitution fallen. Ueber die Beſtimmungen des gem. Rechts vgl. Haſſe im rhein. Muſ. III. S. 500. ff. Schweppe §. 934. Roßhirt §. 10. S. 175. Die Früchte, welche A) vor Antritt der Erbſchaft gezogen worden ſind, bilden einen Theil des Nachlaſſes und fallen unter die Reſtitution. Was B) die nachher gewonnenen fructus betrifft, ſo fallen ſie in der Regel dem Fiduciar zu, ohne daß ſie der Reſtitution unterliegen. Dies gilt namentlich bei Fideicommiſſen, welche ex die oder sub conditione hinterlaſſen worden ſind, in Anſehung der in der Zwiſchenzeit gezogenen Nutzungen. Solche Fideicommiſſe nennt J. P. de Ludewig fideicommissa fructuaria; vgl. deſſen diss. Trebellianica et legitima exules in fideic. fruct. Hal. 1712. in deſſen opusc. I. p. 1041. Ausnahme gilt, a) wenn der Fiduciar in mora ſich befindet, l. 26. D. de leg. 3. l. 18. pr. §. 1. 2. l. 22. §. 2. l. 44. §. 1. ad SCt. Treb. l. 3. pr. D. de usur.; b) ex voluntate testatoris, α) wenn derſelbe angeordnet hat, daß der Fiduciar auch das incrementum hereditatis herausgebe, d. l. 18. pr. l. 63. §. 4. D. ad SCt. Treb. Daß in der Beſtimmung: alles aus der Erbſchaft Empfangene herauszugeben; auch die Verpflichtung zu Reſtituirung der gezogenen fructus liege, läßt ſich wenigſtens nicht allgemein annehmen; vgl. l. 83. pr. D. de leg. 3. l. 32. 33. 37. pr. D. ad SCt. Treb.; vergl. mit l. 2. D. de dote praeleg. l. 3. §. 2. D. de usur. l. 58. §. 7. D. ad SCt. Treb., wo insbeſondere von einem fideic. ejus, quod superfuturum est, die Rede iſt, und die Frage, ob die Reſtitution auch auf die zur Zeit der Reſtitution noch vorhandenen fructus ſich beziehe, verſchieden beantwortet wird; ſ. Schweppe a. a. O. not. 4., und was namentlich den letztern Punct betrifft, Cujac. XII. obs. 10. Merill. Var. ex Cujac. III. 32. Donell. comm. VII. 26. E. Otto Papinian. c. 11. 12.; β) wenn der Erblaſſer das tempus restitutionis zu Gunſten des Fideicommiſſars hinausgeſchoben hat, l. 3. §. 3. D. de usur. l. 43. §. 2. D. de leg. 2.; c) beſondere Beſtimmungen über Mieth- und Darlehnzinſen enthält l. 44. §. 1. l. 58. §. 2. D. ad SCt. Treb., über welche zu vergleichen Weſtphal §. 1647. Roßhirt S. 177. Uebrigens hat der Fiduciar die fructus, welche ihm verbleiben, in die quarta Treb. ſich einrechnen zu laſſen, l. 18. §. 1. D. ad SCt. Treb.; vgl. J. P. de Ludewig. in diss. 1. c. 4. Ausnahme gilt in Anſehung der fructus, welche derſelbe gezogen hat, weil der Fideicommiſſar das Fideicommiß nicht einforderte, l. 22. l. 2. ib. Dagegen iſt er berechtigt, von denjenigen fructus, welche er gewähren muß, ausgenommen diejenigen, welche er ob moram zu leiſten hat, die quarta abzuziehen, d. l. 22. §. 2.

b) §. 6. I. de fid. her. l. 4. 6. pr. D. ad SCt. Treb.; vgl. die §. 796.

not. c. angef. diss. von Herrmann §. 9. 10. Weſtphal §. 1716—1813. Der Zwang findet auf Antrag des Fideicommiſſars, verbunden mit der Erklärung zur eignen Vertretung des Nachlaſſes, §. 7. I. de fid. her. d. l. 4., in allen den Fällen Statt, in welchen der Fiduciar eine beſtimmte Erklärung über den Erbſchaftsantritt verweigert, l. 6. D. ad SCt. Treb., oder auch geradezu nicht antreten zu wollen erklärt. Hierdurch wird der merkwürdige, die gemeinrechtliche Theorie über test. destitutum modificirende Satz begründet, daß der eingeſetzte Erbe in dem Fall, wenn er mit einem fid. univers. belaſtet iſt, nicht willkürlich repudiiren könne. Herrmann diss. l. §. 7. Das Verfahren gegen den Säumigen wird durch richterliches Decret eingeleitet, d. l. 6. Wirkung des verhängten Zwangs iſt, daß der Fiduciar aller Vortheile, auf die er ſonſt hätte Anſpruch machen können, mit Ausnahme der nach erklärtem Antritt gewonnenen fructus, inſofern ihm nicht mora zur Laſt fällt, l. 27. §. 1. D. ad SCt. Treb., und deſſen, was er conditionis implendae caussa erhalten hat, l. 44. §. 4. 5. D. ad l. Falc., verluſtig wird. Auf der andern Seite wird er aber auch von aller Vertretung des Nachlaſſes frei (ſ. den folg. §.). Auch darf durch den erzwungenen Antritt ihm kein Nachtheil zugefügt werden; daher 1) ihm der dazu erforderlich geweſene Aufwand, und die dabei, wenn auch nur durch Zufall, zugezogenen Schäden erſetzt werden müſſen, l. 7. l. 11. pr. l. 27. §. 15. D. ad SCt. Treb.; 2) er Poteſtativ-Bedingungen, welche der Einſetzung beigefügt worden ſind, nur, inſofern ſie in faciendo beſtehen und ohne Schwierigkeiten, Schimpf oder Nachtheil erfüllt werden können, zu erfüllen gehalten iſt; vgl. l. 31. §. 2. l. 63. §. 7. 8. D. ad SCt. Treb. Außerdem wird derſelbe mit keinen Einwendungen gegen das Geſuch des Fideicommiſſars gehört; ſelbſt der noch nicht erfolgte Eintritt der auf das Fideicommiß gelegten Bedingung vermag ihn nicht zu ſchützen, l. 1. §. 9. 1. 4. l. 13. pr. §. l. l. 31. D. ad SCt. Treb. Nur wenn ſein eignes Erbrecht von einer Caſualbedingung abhängt, oder er das benef. deliberandi in Anſpruch nimmt, kann er die erforderte Erklärung über den Erbſchaftsantritt ablehnen. In wiefern Zwang gegen einen Notherben Statt finde, deſſen Pflichttheil mit einem Fideicommiß beſchwert worden iſt, vgl. Herrmann diss. l. §. 6. sq. Mit dem Grundſatz, daß der Fiduciar, welcher gezwungen antritt, thunlichſt geſchont werde, hängt auch zuſammen, daß er einem von mehrern Fideicommiſſaren cum effectu liberationis reſtituiren kann, l. 1. §. 9. l. 16. §. 8. 9. l. 28. D. ad SCt. Treb.; ferner, daß, wenn nach dem in Folge Zwangs bewirkten Erbſchaftsantritt die Reſtitution an den Fideicommiſſar nicht möglich iſt, er die verſchuldete Erbſchaft den Gläubigern überlaſſen kann, l. 11. §. 2. ib.; vgl. Faber. err. pragm. XXXI. error. 1. In wieweit nach röm. Recht ein mit einem Fideicom-

miß belaſteter heres suus zum Erbſchaftsantritt gezwungen werden konnte, laſſen wir wegen §. 124. des Erbg. unerörtert; vgl. jedoch l. 6. §. 2. D. ad SCt. Treb.

c) arg. §. 7. I. de fid. her. Davon, daß der Fideicommiſſar Statt des Fiduciars antreten könne, ſteht freilich in der angef. Stelle nichts. Nur in dem Fall, wenn der Fiduciar latitirt, tritt der Fideicommiſſar ohne Weiteres ein, l. 7. §. 1. C. de jure delib. N. 1. c. 1.; welche Bachov. ad Treutl. II. 14. th. 8. hierher zieht, gehört ebenfalls nicht hierher, denn ſie handelt von dem Fall, wenn der Erbe nach erfolgtem Erbſchaftsantritt dem Willen des Erblaſſers nachzukommen unterläßt. Indeß iſt gleichwohl nicht zu leugnen, daß das Erzwingen des Erbſchaftsantritts ein Umweg ſcheint, den die römiſchen Juriſten einſchlagen zu müſſen glaubten, um nicht mit der Theorie über test. destitutum in Widerſpruch zu treten. Nach den h. z. T. gültigen Rechtsbegriffen, wo man ſich über ſolche Bedenklichkeiten, die am Ende doch eine bloße Form betreffen, hinwegſetzt, ſcheint es allerdings angemeſſener, anzunehmen, daß da, wo eine beſtimmte Erklärung, nicht antreten zu wollen, vorliegt, alle Wirkungen, welche das römiſche Recht mit der erzwungenen aditio verband, ohne Weiteres eintreten. So lange aber eine ſolche Erklärung nicht vorliegt, kann und muß dies zu bewirken auf Anſuchen des Fideicommiſſars durch richterliche Auflage dem Fiduciar auferlegt werden; dies ſchon im Intereſſe des Fiduciars ſelbſt, weil es von der Erklärung deſſelben abhängt, ob er die dem Fiduciar geſetzlich zugebilligten Vortheile werde in Anſpruch nehmen können oder nicht. Die Auflage kann dahin gerichtet werden, ſich zu erklären, ob er die letztwillige Verordnung, in welcher das Fideicommiß angeordnet worden iſt, agnoſcire oder nicht. Erfolgt die Agnition, ſo ſcheint es einer beſondern Erklärung über die Reſtitution, die ja (§. 799. not. a.) ebenfalls wenig mehr als eine bloße Form iſt, nicht zu bedürfen. Erfolgt ſie nicht, ſo treten die Folgen der contumacia ein, vermöge deren das dem Ungehorſamen nachtheiligere Reſultat angenommen wird; vgl. Schweppe §. 840. Durch das ſächſ. Erbgeſ. iſt hierin, was die gewöhnlichen Fideicommiſſe des gem. Rechts anlangt, im Weſentlichen nichts verändert worden. Doch kann hierbei die Frage aufgeworfen werden, ob, wenn der Teſtamentserbe nicht agnoſciret, nun erſt noch die Erbſchaft den geſetzlichen Erben deferirt werde und die Erklärung derſelben, auf welche nach dem, was §. 797. bemerkt worden iſt, das onus fideicommissi praestandi übergehen würde, über Annahme der Erbſchaft erforderlich ſey? Wenn die geſetzlichen Erben mit den Laſten des urſprünglichen Fiduciars auch die Vortheile empfangen, welche dieſer in dem Fall der beſchehenen Agnition gehabt haben würde, was kaum zu bezweifeln iſt, ſo ſind dieſelben hierbei gar ſehr betheiligt. Und in der That ſcheint kaum anders als für

ſie entſchieden werden zu können. Was aber diejenigen Perſonen betrifft, welche nach §. 6. des Erbg. als Fideicommiſſare eintreten, ſo ſcheint es für dieſe kaum nöthig, das oben erwähnte Verfahren einzuſchlagen. Vielmehr möchte in Anſehung ihrer, da ſie ex lege eintreten, der in dem §. aufgeführte Satz noch am erſten ſich vertheidigen laſſen.

d) l. 27. §. 11. D. ad SCt. Treb. Wenn nicht der ganze Erbtheil zu reſtituiren iſt, ſo tritt communio ein, in Folge deren die actio fam. erciscundae zwiſchen dem Fiduciar und Fideicommiſſar Statt hat, d. l. 27. Außerdem geht das Eigenthum an einzelnen species über, ohne daß beſondere Beſitzergreifung nöthig iſt, l. 63. pr. ib.

e) l. 36. 66. §. 2. l. 78. §. 15. D. ad SCt. Treb.

f) l. 22. §. 3. l. 70. §. 1. D. ad SCt. Treb. Carpzov VI. resp. 32. Haſſe die Culpa des römiſchen Rechts. Cap. 6. §. 63. S. 272. Kritz über die Culpa des röm. Rechts. §. 22. S. 194.

g) l. 19. §. 2. 5. l. 22. §. 3. D. ad SCt. Treb. l. 58. sqq. D. de leg. l. 40. §. 1. D. de cond. ind. Berger. Oec. II. 4. 34. 7., ingl. die §. 795. not. a. angef. diss. qu. 7. und das dabei angef. resp. 2. Weſtphal Rechtsg. 67. c. Dahin gehören auch Erbſchaftsſchulden, welche der Fiduciar aus eignen Mitteln bezahlt hat, l. 1. C. ad SCt. Treb.; vgl. Zeitſchr. N. F. I. 8. S. 174.

h) l. 69. l. 72. D. ad SCt. Treb. Eigentlich iſt dies quaestio facti, doch ſoll präſumirt werden, der Erblaſſer habe gewollt, daß der Fiduciar die Sache oder deren Werth behalten ſolle. So recht im Einklang mit dem, was über die evictio einer legirten Sache oben (§. 784.) bemerkt worden iſt, ſteht dieſe Beſtimmung freilich nicht.

i) l. 36. 69. 78. §. 15. D. ad SCt. Treb. — Wegen dieſer Rechte hat der Fiduciar das jus retentionis und nach Beſchaffenheit der Umſtände auch eine condictio, l. 21. 36. D. ad SCt. Treb. l. 39. D. de cond. ind.

§. 805 b.

Was B) das Recht des Erben, jus heredis, ſelbſt anlangt, ſo iſt im Allgemeinen zu bemerken, daß, in Gemäßheit der durch Juſtinian eingeführten Beſtimmungen, ſothanes Recht nach erfolgter Reſtitution im Verhältniß deſſen, was von dem Erbtheil des Fiduciars auf den Fideicommiſſar übergeht, für jenen aufhört und auf dieſen übertragen wird [a]). Das ganze jus heredis geht auf den Fideicommiſſar über, 1) wenn der Fiduciar angewieſen worden iſt, ſeinen ganzen Erbtheil mit Zurückbehaltung einer oder

einzelner Sachen oder einer beſtimmten Summe zu reſti- tuiren [b]); 2) wenn er in Folge eines gegen ihn eingelei- teten Zwangsverfahrens reſtituirt [c]). In allen andern Fällen, und namentlich auch dann, wenn bei einem das ganze Erb- theil betreffenden Fideicommiß der Fiduciar von dem Abzug der Quarta Gebrauch macht, wird das Erbrecht pro rata übertragen [d]). Die Folgen dieſer Uebertragung des Erb- rechts äußern ſich namentlich in der Wiederherſtellung von Rechtsverhältniſſen, welche nach dem von Seiten des Fidu- ciars erfolgten Erbſchaftsantritt per confuſionem erloſchen waren [e]). Insbeſondere iſt zu betrachten, A) das Verhält- niß des Fideicommiſſars zu den andern Erben des Erblaſſers. Hier iſt zu bemerken, daß, was das Verhältniß zu dem Fiduciar betrifft, dies in denjenigen Fällen, in welchen das Fideicommiß nicht den ganzen Erbtheil des erſtern afficiret hat, ein Verhältniß der Miterben iſt [f]). Auch zu den Mit- erben des Fiduciars muß der Fideicommiſſar in ein gleiches Verhältniß treten; ob er wohl im Uebrigen dann, wenn er nur pro rata Miterbe des Fiduciars geworden iſt, als ein verbis conjunctus des Fiduciars anzuſehen iſt [g]). Was B) das Verhältniß zu andern Perſonen, den Gläubigern oder Schuld- nern, betrifft, ſo tritt, inſofern von Gläubigern und Schuld- nern des Erblaſſers die Rede iſt, der Fideicommiſſar ent- weder allein oder mit dem Fiduciar ſogleich pro rata por- tionis als verpflichtet oder berechtigt ein, je nachdem das Erbrecht des Fiduciars ganz oder nur theilweiſe übergetra- gen worden iſt [h]); wogegen in Anſehung von Forderungen und Schulden, welche rückſichtlich des Nachlaſſes während der Verwaltung von Seiten des Fiduciars entſtanden ſind, direct nur dieſer berechtiget und verpflichtet bleibt [i]). Was aber namentlich die Legataren, die nicht ausdrücklich an den Fideicommiſſar gewieſen ſind, anlangt, ſo bleibt der Fidu- ciarius, wenn er nichts als die quarta behält, nicht ge- halten, ſondern der fideicommiſſariſche Erbe hat die Legate allein zu entrichten [k]).

a) Vor der Verordnung Juſtinians blieb allerdings der fiduciarius im ſtrengen Wortſinn Erbe und der Fideicommiſſar galt nur, wie

auch der emtor hereditatis, heredis loco; dies wahrſcheinlich dem Grundſatz, qui semel heres, semper heres, zu Ehren. Deſſenungeachtet trat der Sache nach, wenn ex SCto. Trebell. reſtituirt worden war, ein Uebergang des Erbrechts ein. Deshalb wird l. 38. D. ad SCt. Treb. die restitutio nicht ſowohl als solutio, denn als successio bezeichnet. Nach der Art, wie Juſtin. §. 7. I. de fid. her. ſich äußert, darf man aber wohl kein Bedenken weiter haben, den Fideicommiſſar auch Erben zu nennen; vgl. Roßhirt §. 4. S. 151. §. 9. S. 167. gegen die Anſichten von Fetzer, Haaſe, Mühlenbruch doctr. pand. §. 754. Vorauszuſetzen iſt, daß restitutio hereditatis wirklich geſchehe; daher tritt der Uebergang des Erbrechts nicht ein, wenn ſtatt der Erbportion die aestimatio dem Fideicommiſſar gezahlt wird; l. 63. §. 1. D. ad SCt. Treb. Indeß ſoll doch nach l. 67. pr. ib. der Fideicommiſſar, der, nachdem er das Zwangsverfahren gegen den Fiduciar eingeleitet hat, die Uebernahme verweigert hat, als Erbe haften; vgl. jedoch l. 11. §. 2. ib. Das auf den Fideicommiſſar übergegangene Erbrecht begründet die hered. petitio fideicommissaria; vgl. §. 799.

b) §. 9. I. de fid. hered. l. 1. §. 21. l. 30. §. 3. l. 63. §. 3. D. ad SCt. Treb. Der fiduciarius iſt hier wie heres ex re certa zu behandeln; vgl. auch l. 69. pr. D. de leg. 2.

c) Vgl. den vorhergehenden §. not. b.

d) §. 7. I. de fid. her. l. 1. §. 17. l. 51. D. l. 1. 2. C. ad SCt. Treb. Roßhirt §. 11. S. 183. Dabei wird bloß auf das geſehen, was nach dem Willen des Erblaſſers zu reſtituiren war, nicht aber auf das, was etwa der Fiduciar über dieſe Beſtimmung hinaus reſtituirt hätte, l. 63. §. 3. D. ad SCt. Treb.

e) Daß durch Antritt von Seiten des Fiduciars confusio eintrete, iſt gewiß, l. 80. 89. pr. D. ad SCt. Treb.; aber eben ſo, daß durch Reſtitution im Verhältniß des übergetragenen Erbrechts das frühere Verhältniß wieder hergeſtellt werde. Dies namentlich, wenn von Obligationsverhältniſſen die Rede iſt; es mag der Fiduciar Schuldner, l. 27. §. 11. ib., oder Gläubiger des Erblaſſers, l. 51. pr. ib. geweſen ſeyn. Einen Fall, in welchem der Fiduciar das wieder hergeſtellte Forderungsrecht nicht geltend machen kann, enthält die angeführte l. 80. Ob der Fiduciar die gezogenen fructus in compensationem crediti ſich anrechnen laſſen müſſe? Pufendorf II. obs. 89. Eben ſo werden Servituten wieder hergeſtellt, l. 73. §. 1. ib. Nur in Anſehung des Pfandrechts hat es eine eigne Bewandtniß, l. 59. pr. ib., von welchem jedoch bequemer unten bei der Lehre von dem Pfandrecht die Rede ſeyn wird; vgl. übrigens Roßhirt §. 14.

f) l. 27. §. 11. D. ad SCt. Treb. l. 24. 40. D. l. 7. C. fam. erc. Roßhirt §. 9. S. 168. §. 14. 15.

g) Von dem Fall, in welchem ein Miterbe nur einen Theil ſeiner Erbportion zu reſtituiren hat, iſt die Rede §. 8. I. de fid. her., ferner faſt in der ganzen l. 78. D. ad SCt. Treb. und an vielen andern Stellen, aber freilich nicht gerade mit Beziehung auf das im §. erwähnte Verhältniß. Der oben aufgeſtellte Satz ſcheint jedoch durch die Natur der conjunctio (vgl. §. 680. not. f.) hinlänglich begründet; vgl. auch Baumeiſter Anwachſ.=Recht unter Miterben §. 20. S. 171. ff.

h) §. 6. 7. I. de fid. her. l. 27. §. 7. D. l. 1. C. ad SCt. Treb. Vor der Reſtitution haftet der Fiduciar allein; l. 4. C. ut in poss. leg. l. 49. pr. §. 1. D. ad SCt. Treb., ſo wie er auch allein zu klagen berechtigt iſt. Mit der Reſtitution gehen die Klagen und Anſprüche auf den Fideicommiſſar über, ſo wie ſie dem Fiduciar oder gegen denſelben zuſtanden; vgl. l. 63. §. 2. l. 70. §. 2. D. ad SCt. Treb.; vorausgeſetzt wird aber, daß die Reſtitution zu der beſtimmten Zeit erfolgte, nicht etwa anticipiret worden ſey, l. 60. 78. §. 15. ib. Auch kommt es, um zu beſtimmen, wie weit der Fideicommiſſar berechtigt und verpflichtet werde, lediglich darauf an, was gemäß dem Willen des Teſtirers zu reſtituiren war, daher namentlich, wenn facto mehr reſtituirt worden iſt, als reſtituirt werden ſollte, doch nicht mehr übergeht, als was zu Folge des letzten Willens übergehen ſollte, l. 63. §. 3. ib. Uebrigens hat gegen die Anſprüche der Gläubiger ſowohl der Fiduciar als der Fideicommiſſar das benef. inventarii; vgl. l. 1. §. 17. D. ad SCt. Treb. §. 9. I. de fid. her. und dazu Vinnius. Eben ſowenig iſt, was das ſächſ. Recht anlangt, zu bezweifeln, daß auch der Fideicommiſſar nicht ultra vires hereditatis gehalten ſey.

i) l. 73. pr. D. ad SCt. Treb.; vgl. A. Faber. conject. XV. 5. sq. Dergleichen Rechte und Verpflichtungen hängen nämlich nicht mit dem Erbrecht zuſammen; vgl. Schweppe §. 937. not. b.

k) Hiernach trägt alſo der Fiduciar nur inſofern zu den Legaten bei, als er mehr, denn die quarta ausmacht, zurück behält. Die Legatare erleiden alſo nur inſofern eine Verkürzung, als durch den Abzug der quarta Trebell. die Maſſe vermindert wird. Dieſer von Böhmer diss. l. und mehrern andern in beſagter Schrift cap. II. §. 4. angeführten Rechtslehrern vertheidigten Anſicht wird bei Schweppe §. 940., nach Donell VII. 28. inſofern beigepflichtet, als auch hier angenommen wird, daß dem Fiduciar in den Fällen, in welchen er quartam abzuziehen berechtigt iſt, dieſe unverletzt bleiben müſſe. Allein als abweichend von der Böhmerſchen Anſicht wird auch behauptet, daß der Fiduciar in allen Fällen, in denen er nicht gezwungen antritt, oder den ganzen Erbtheil mit Rückbehaltung einer einzelnen Sache oder einer beſtimmten Summe reſtituirt, den Legataren hafte, und nur die ihm ge-

bührende Quarta durch Abzüge, die er theils den Legataren, theils dem Fideicommiſſar macht, decken könne; wogegen der Fideicommiſſar den ihn belangenden Legataren nichts abziehen könne, als das, was der Fiduciar ihm abgezogen hat, und etwa die quarta, welche von letztern zu Gunſten des Fideicommiſſars nicht gekürzt worden iſt. Ob dieſe Meinung wirklich von der Böhmerſchen ſich entferne, muß, da Böhmer darüber, ob und in wieweit der Fiduciar von den Legataren belangt werden könne, ſich nicht erklärt hat, dahin geſtellt bleiben. Allein gegen die ſehr complicirte und zum Theil auf ziemlich befremdende Reſultate führende Rechnung vergleiche man, was von Roßhirt §. 16. S. 219. not. 1. erinnert worden iſt. Die Meinung dieſes Rechtslehrers iſt die natürlichſte, und namentlich dem durch Juſtinian begründeten neuern Recht angemeſſenſte. Der Fiduciar haftet in allen Fällen, in denen er als Erbe einen Antheil behält, alſo nicht in den not. b. u. c. angef. Fällen, eben ſo wie der fideicommissarius als Miterbe pro rata portionis den Legataren, wie den Erbſchaftsgläubigern. Die quarta, welche ihm zukommt, iſt nicht, wie die qu. Falcidia, etwas, was ihm im Gegenſatz der Singularſucceſſoren bleiben muß, ſondern nur die Quote, nach welcher er als Miterbe eintritt. Der Fiduciar ſowohl als der Fideicommiſſar kann und muß daher von den Legataren belangt werden. Beide tragen als Miterben pro rata bei, aber beide müſſen auch den vierten Theil ihrer Erbportion frei von Legaten behalten, daher jeder von ihnen den Legataren die quarta Falcid. zu kürzen berechtigt iſt. Eine ähnliche Anſicht war ſchon früher von einigen bei Böhmer l. 1. S. 224. genannten Rechtslehrern beſonders wegen l. 5. C. ad SCt. Treb. vertheidigt worden. Nach vorjuſtinianeiſchem Recht traten freilich verſchiedene Rechtsgrundſätze ein, je nachdem ex SCto. Trebell. oder ex SCto. Pegas. reſtituirt ward; vgl. Böhmer a. a. O. cap. 1. Roßhirt S. 217. Mehrere Stellen in den Pandecten ſind nur nach dem ältern Recht zu erklären, dies gilt beſonders von l. 2. und l. 3. pr. D. ad SCt. Treb., über welche zu vergleichen Roßhirt §. 11. S. 179. u. deſſen Zeitſchr. IV. 1. n. 9. Elvers neue Themis I. 9.

§. 806.

D. Ein Fideicommiß erliſcht 1) von Seiten des Teſtirers, wenn er daſſelbe ausdrücklich oder ſtillſchweigend wieder aufhebt, wobei das Nämliche zu bemerken iſt, was wir oben von der Aufhebung der Vermächtniſſe erinnert haben*) (§. 793.); 2) wenn der fideicommiſſariſche Erbe, noch ehe er ein Recht auf das Fideicommiß erhält, mithin, wenn es pure hinterlaſſen worden, noch vor dem Teſtirer*),

außerdem aber vor Eintritt des beſtimmten Tags, oder vor erfüllter Bedingung ſtirbt [b]); 3) wenn der heres fiduciarius noch vor dem Teſtirer ſtirbt [c]); 4) wenn der fideicommiſſariſche Erbe das Fideicommiß ausſchlägt [d]); 5) wenn er ſich deſſen unwürdig macht. (S. oben §. 794.) Verſchieden von dieſer Art des Erlöſchens iſt der Fall, wenn ein bereits zur Wirkſamkeit gelangtes Fideicommiß mit Zuſtimmung der Intereſſenten gegen die urſprüngliche Anordnung des Teſtirers Modificationen erhält. Dies kann namentlich unter mehrern Fideicommiſſarien durch Vergleich [e]) und Theilung [f]) erfolgen, vorausgeſetzt, daß nicht eine verbindliche Vorſchrift des Teſtirers entgegenſteht [g]).

*) Ob ein fideicommissum universale, das vor Errichtung eines Teſtaments angeordnet worden war, durch ein ſpäter errichtetes Teſtament aufgehoben werde? ſ. §. 1. 2. J. de cod. l. 5. D. de jure cod.; vgl. Bynkershoek. VIII. obs. 13. Cujac. ad Papin. ad d. l. E. Otto. Papin. XVII. 3. Pufendorf. IV. obs. 113. — Daß übrigens durch Ungültigkeit der Verordnung, durch welche das Fideicommiß angeordnet worden iſt, auch das Fideicommiß ungültig werde, wenn nicht etwa der Fall des §. 797. III. eintritt, verſteht ſich von ſelbſt. Ob das, was N. 115. für Erhaltung der legata und fideicommissa in test. inofficiosa relicta anordnet, auch auf fideic. universalia gehe, bezweifelt ohne hinlänglichen Grund C. H. Berger. pr. Viteb. 1718.

a) Hieraus ergiebt ſich, daß, wenn bei einem fideic. puro der fideicommiſſariſche Erbe nach dem Teſtirer ſtirbt, er ſein Recht auf das Fideicommiß auf ſeine Erben transferirt, wenn er gleich noch vor dem herede fiduciario ſterben ſollte. Hommel Obs. 442. Anders verhält ſichs, wenn der fideicommiſſariſche Erbe zufolge der Verordnung des Teſtirers erſt nach des Fiduciarii Tode das Fideicommiß erhalten ſoll, welchenfalls er dieſen überleben muß. Hommel a. a. O.; vgl. §. 799. not. f. Wenn ungewiß iſt, ob der Fideicommiſſar oder die an deſſen Stelle tretenden Deſcendenten deſſelben noch am Leben ſich befinden, ſo findet auch hier citat. edictalis Statt. Vgl. Mand. v. 13. Novbr. 1779. §. 1. n. 4. Kritz Rechtsf. III. 12.

b) l. un. §. 7. C. de caduc. toll.

c) Berger Oec. II. IV. 33. 6. Hommel a. a. O. Ausnahme gilt in test. militis l. 13. §. 4. l. 14. D. de test. mil. Sonſt kann durch verweigerten Erbſchaftsantritt das fid. universale nicht verloren gehen; vgl. §. 805. not. b. Eine Ausnahme ſcheint indeß l. 79. D. ad SCt. Treb. zu enthalten; über welches Geſetz, dem

weniger l. 61. D. de acqu. vel om. her. als l. 6. §. 2. l. 67. §. 3. D. ad SCt. Treb. entgegenſtehen, zu vergleichen J. F. de Retes opusc. III. ap. Meermann VI. p. 182. Dagegen kann der Fiduciar, inſofern er das Fideicommiß nach ſeinem Tode zu reſtituiren hat, daſſelbe dadurch beſeitigen, daß er den Fideicommiſſar zum Erben einſetzt; vgl. l. 123. pr. D. de leg. 1. l. 3. C. de fideic. und §. 796. not. h.

d) l. 26. C. de fideic.

e) J. Ch. Harpprecht. de transact. super fid. inter personas ad illud vocatas in Vol. diss. II. 54.

f) ej. diss. de tacit. pacto remiss. fid. ex divisione bonor. praesumta, ib. n. 53.

g) Vgl. §. 777. Am häufigſten werden dergleichen Verfügungen bei den Familienfideicommiſſen vorkommen. Ueber den Fall der confusio, wenn der fiduciarius den fideicommissarius als Erben eingeſetzt und letzterer die Erbſchaft angetreten hat. Bauer. resp. 72. L. 1797.

§. 807.

Von Familienfideicommiſſen.

Von den Fideicommiſſen, von welchen wir bisher gehandelt haben, ſind die Familienfideicommiſſe zu unterſcheiden *). Zwar nicht diejenigen Fideicommiſſe, bei welchen die Familie als der Complex einer gewiſſen Claſſe Verwandten oder einzelne Glieder dieſes Complexes als Honorirte in der Art vorkommen, daß ſie das ihnen Beſchiedene mit vollem Eigenthum ſofort erwerben (einfache Familienfideicommiſſe, fid. fam. simplicia, auch personalia) [a]). Wohl aber die ſogenannten fideicommissa familiae successiva, auch realia, perpetua genannt. Ein ſolches iſt vorhanden, wenn Jemand verordnet, daß ein gewiſſes Grundſtück entweder für beſtändig oder durch mehrere Geſchlechtsfolgen bei einer Familie bleiben, und nicht veräußert werden ſolle [b]). Zur Errichtung einer ſolchen Stiftung iſt zwar ein Jeder berechtigt, ſo weit er über ſein Vermögen zu disponiren befugt iſt; gewöhnlich aber kommen dergleichen Fideicommiſſe nur bei adligen Familien vor, und ihr Zweck iſt, die Familie bei ihrem bisherigen Wohlſtande zu erhalten [c]). Uebrigens können ſowohl Erbgüter als Lehngüter der Gegenſtand eines ſolchen Fideicommiſſes ſeyn [d]).

*) Bei allen Arten der Familienfideicommiſſe iſt es von Wichtigkeit zu wiſſen, welche Perſonen unter dem Ausdruck familia begriffen ſeyen? Ueber das römiſche Recht vgl. l. 195. D. de V. S. und dazu Goeddaeus; Averan. interpr. III. 28. Glück Comm. II. §. 129. p. 180. l. 5. C. de V. S. Crell de his, quae fam. relinqu. Viteb. 1740. in coll. diss. VI. 43. Das letztere Geſetz, welches A. Faber. Err. 54. 10. mit Unrecht auf den Fall einer subst. vulgaris bezieht, iſt beſonders von Wichtigkeit für die Lehre von Fideicommiſſen. Nach demſelben ſind unter dem Ausdruck familia nicht bloß eigentlich Verwandte, propinqui, ſondern auch Schwiegerſohn und Schwiegertochter begriffen, jedoch ſo, daß die letztern nur in Ermangelung andrer Verwandten auf das Fideicommiß Anſpruch machen können. Emancipation der Kinder ändert hierbei nichts, l. 114. §. 16. D. de leg. 1. l. 64. §. 4. D. de leg. 2. Bei einem der Familie hinterlaſſenen Fideicommiß treten jedoch in der Regel nicht alle Glieder der Familie gleichzeitig als Fideicommiſſarien in den Genuß der Fideicommiſſe ein, ſondern einzelne oder mehrere, welche beſtimmt werden 1) von dem Teſtirer, l. 32. §. 6. l. 88. §. 6. D. de leg. 2.; 2) von dem Erben, vermöge der ihm zukommenden Wahl, l. 67. pr. §. 2. sq. D. de leg. 2.; 3) durch das Geſetz in allen Fällen, in denen nominatio von Seiten des Teſtirers oder Wahl des Fiduciars nicht eintritt, namentlich auch, wenn die von dem Teſtirer benannten zur Zeit des Todes nicht mehr am Leben ſich befinden, wobei denn auf die Nähe der Verwandtſchaft Rückſicht genommen wird, d. l. 32. §. 6. l. 69. §. 3. l. 77. §. 4. D. de leg. 2. l. 5. C. de V. S. Hierbei kommt aber die Zeit des Todes in Betracht; vgl. die angeführten Geſetze und l. 19. D. de reb. dub. Böhmer Rechtsf. I. 72. Uebrigens iſt es nicht bloß die Familie des Teſtirers, welche mit einem Fideicommiß bedacht werden kann; vgl. l. 77. §. 4. 27. D. de leg. 2. Auch iſt der mit dem Fideicommiß Belaſtete nicht immer ein Deſcendent; d. l. 27. u. l. 69. §. 3. D. de leg. 2., und hier kann es oft zweifelhaft ſeyn, weſſen Familie eigentlich honorirt ſeyn ſollte, ob des Teſtirers oder des Fiduciars. Die fideic. familiae des röm. Rechts, über welche außer der angef. diss. von Crell zu vergleichen ſind J. F. de Retes über fid. perpetuo familiae relicta; in Meermann. thes. VII. p. 625. Madihn Miscellen I. 35. S. 119. Pfeiffer prakt. Ausführ. III. 2. Schweppe §. 919. Mühlenbruch doctr. pand. §. 726. Weſtphal über einzelne Vermächtn.-Arten §. 234. ff. haben noch Folgendes mit einander gemein: A) was das Wahlrecht des Fiduciar-Erben betrifft, ſo ſteht dies dem Fiduciar ipso jure, d. l. 67. pr. und zwar, inſofern der Teſtirer nicht gewiſſe Grenzen bezeichnet hat, l. 57. §. 2. D. ad SCt. Treb., ohne Einſchränkung zu, ſo daß einer oder mehrere, und dieſe auch mit ungleichen Antheilen, ge-

wählt werden können, l. 114. §. 17. D. de leg. 1. l. 67. §. 2. 4. D. de leg. 2. So lange die Wahl nicht erfolgt iſt, hat natürlich keins der verſchiedenen Familienglieder einen Anſpruch auf das Fideicommiß, d. l. 67. pr. §. 7. Dies gilt namentlich von dem Fall, wenn restitutio fideicommissi erſt nach dem Tode des Fiduciars erfolgen ſoll. Die Wahl von Seiten des Fiduciars kann hier in dem letzten Willen des Fiduciars ausgeſprochen werden; entweder dadurch, daß eins oder mehrere der Familienglieder als Erben eingeſetzt werden, vorausgeſetzt, daß dabei nicht etwa das Object des Fideicommiſſes einem extraneus beſchieden wird, l. 114. §. 15. D. de leg. 1. l. 67. §. 2. 3. D. de leg. 2.; oder dadurch, daß einem oder mehrern der Familienglieder das Object des Fideicommiſſes legirt wird, d. l. 67. pr. In dieſem letztern Fall iſt jedoch zu bemerken, daß der, dem das Legat beſchieden worden iſt, nicht als Legatar des teſtirenden Fiduciars angeſehen wird, was namentlich in Beziehung auf die quarta Falcidia von Wichtigkeit iſt, d. l. 67. pr. §. 1. Es kann aber auch die Wahl durch einen actus inter vivos vollzogen werden; l. 77. §. 10. D. de leg. 2. In allen dieſen Fällen bleibt jedoch die getroffene Wahl noch in suspenso bis zu dem Augenblick des Todes, theils weil dem Fiduciar noch ein jus poenitendi zuſteht, d. l. 67. pr., theils weil der Gewählte den Todestag des teſtirenden Fiduciars erlebt haben muß, um als wahrer Fideicommiſſar einzutreten, d. l. 77. §. 10. l. 67. §. 7. D. de leg. 2. — B) Das Verbot der Veräußerung gilt auch hier in ſoweit, als von einer alienatio extra familiam die Rede iſt. Die Veräußerung an ein Familienglied iſt dagegen gültig, in ſoweit ſie nicht einer beſtimmten Anordnung deſſen, der das Fideicommiß verordnet hat, widerſpricht und, wenn dem Fiduciar ein Wahlrecht zuſtand, der Gewählte den Tod des Fiduciars erlebt hat; vgl. die angef. Geſetze; ingl. l. 115. §. 17. D. de leg. 1. l. 4. C. de fid. Für eine dem Willen des Teſtirers widerſprechende und daher ungültige Veräußerung gilt nicht bloß eine Veräußerung inter vivos, l. 69. §. 3. D. de leg. 2., ſondern auch eine Disposition mortis caussa, bei welcher die Familienglieder nicht bedacht worden ſind. Dahin gehört der Fall, wenn der Fiduciar zwar über das Object des Fideicommiſſes nicht disponirt, jedoch extraneos zu Erben eingeſetzt hat, d. l. 69.; ferner, wenn er dies Object einem Extraneus legirt hat, l. 67. §. 3. 4. D. de leg. 2. Hätte der Fiduciar das Object des Fideicommiſſes zwar einem Familienglied, aber mit der Verpflichtung, daſſelbe einem Dritten zu reſtituiren, hinterlaſſen, ſo wird vor allen Dingen vorausgeſetzt, daß der mit dem zweiten Fideicommiß belaſtete dafür ein Aequivalent erhalte; d. l. 67. §. 5. ita demum peti posse, si fundi pretium efficiat; dann kommt es aber auch darauf an, ob das erſte Fideicommiß ein einfaches oder ein successivum war. In allen dieſen Contra=

ventionsfällen erklären die angezogenen Pandectenſtellen die unternommene Disposition nicht geradezu für ungültig, ſie legen aber den Familiengliedern, deren Rechte verletzt worden ſind, das Recht bei, Gewährung des Fideicommiſſes zu fordern. Allein es iſt wohl keinem Zweifel unterworfen, daß denſelben durch l. 3. §. 2. C. comm. de leg. auch ein Vindicationsrecht gegen den dritten Beſitzer gegeben worden ſey. Sonſt iſt zu bemerken, daß ein Klagrecht gegen ſolche Contraventionen denen zuſteht, welche zunächſt zu dem Genuß des Fideicommiſſes berufen ſind, d. l. 69. §. 3. 4.; aber nicht eher, als bis ſie wirklich die Reihe trifft; l. 67. §. 5. l. 69. §. 1. D. de leg. 2. l. 114. §. 18. D. de leg. 1.; vgl. Schweppe a. a. O. S. 357. Was namentlich den Fall betrifft, wenn in dem Fall eines mit der Beſtimmung, cum morietur heres, angeordneten Fideicommiſſes der Fiduciar zwar ein Familienglied zum Erben eingeſetzt, aber von dieſem das Object des Fideicommiſſes legirt hatte, ſo wird zwar dies ſo angeſehen, als ob keiner aus der Familie bedacht worden wäre; allein gleichwohl muß der von dem Fiduciar eingeſetzte Erbe auch ſeinen Antheil an dem Fideicommiſſe erhalten; vgl. l. 67. §. 3. 4. D. de legat. 2. Anders iſt dies, wenn von mehrern mit dem Fideicommiß bedachten Einzelne ihre Antheile veräußern; hier können die, welche veräußert haben, nicht wieder zur Perception an dem Fideicommiß gelangen, ſondern dieſer Antheil wächſt denen zu, die ihren Antheil behalten haben, l. 77. §. 27. D. de leg. 2. Auch wird hier der Fall einer alienatio necessaria ausgenommen; namentlich in dem Fall, wenn die Veräußerung wegen Schulden des Teſtirers, nicht des Fiduciars, bewirkt worden iſt, l. 114. §. 14. D. de leg. 1. l. 69. §. 1. l. 78. §. 4. D. de leg. 2.

a) Dieſe haben mit den gewöhnlichen Fideicommiſſen das gemein, daß ſie erlöſchen, ſobald die Reſtitution an einen aus der Familie geſchehen iſt, l. 67. §. 2. 5. D. de leg. 2.

b) Dergleichen fideicommissa successiva waren auch den Römern nicht unbekannt; vgl. Pfeiffer prakt. Ausführung III. 1. Sie lagen vor, wenn ein Fideicommiß mit der Beſtimmung hinterlaſſen worden war, ut apud familiam maneat, ne e familia exeat; und namentlich auch, wenn der Teſtirer mit der Anordnung ein Verbot der Veräußerung, das nicht bloß allgemein, ſondern ſpeciell zu Gunſten der Familie ertheilt worden war, verbunden hatte. Ohne eine ſolche ſpecielle Beſtimmung iſt das Verbot entweder ganz wirkungslos, oder doch nur ein einfaches Fideicommiß anzunehmen, welches die Folge hat, daß nur in dem Falle, wenn des Teſtirers Erbe das Gut veräußert, deſſen nächſte Verwandte, ſo weit ſie nicht deſſen Erben werden, daſſelbe zu revociren berechtigt ſind, hernach aber das Gut die Fideicommißeigenſchaft verliert. Winkler. ad Berger. Oec. II. IV. 32. 5. Hommel obs. 756.; vgl. jedoch

l. 67. §. 3. 4. D. de leg. 2. Es iſt aber auch ferner nöthig, daß die Beſtimmung: zu Gunſten der Familie als wahre Dis= poſition, nicht etwa als bloßer Beweggrund, caussa, angeführt worden ſey; vgl. Leyſer sp. 402. m. 3. Böhmer Rechtsf. III. 222. n. 19. 29. Dennoch wird in einem Fall, in welchem die= ſem Erforderniß Gnüge geſchehen zu ſeyn ſcheint, das Daſeyn eines Fideicommiſſes geleugnet, l. 38. §. 7. D. de leg. 3. Der Grund lag entweder in dem unbeſtimmten Ausdruck suae successioni, oder in dem Umſtand, daß die beiden onerirten Miterben durch wechſel= ſeitige Caution verpflichtet werden ſollten; vgl. A. Faber. err. pr. XLVII. 10. n. 9. Merenda controv. VII. 44. Langenbeck. annotat. in leg. Digest. c. 16. in Otto. thes. I. p. 557. Ueber den Fall, in welchem bloß eine Veräußerung inter vivos unterſagt war, l. 38. §. 3. D. de leg. 3. Auch bei ſolchen ſucceſſiven Fi= deicommiſſen kommt ein Wahlrecht des Fiduciars vor, l. 114. §. 15. sq. D. de leg. 1. l. 67. §. 5. D. de leg. 3. Allein da= durch, daß das Fideicommiß an ein Individuum aus der Familie gelangt, wird nicht, wie bei dem fid. simplex, die Fideicommiß= qualität aufgehoben; vielmehr ſind die übrigen zu dem Anſpruch auf das Fideicommiß berechtigten Familienglieder durch Caution ſicher zu ſtellen; vgl. l. 115. §. 18. D. de leg. 1. l. 67. §. 5. 6. l. 69. §. 3. D. de leg. 2. N. 159. pr. Berger select. fideic. cap. 8. und das beigefügte resp. 2. in Philocal. S. 110. Bauer. resp. 139. L. 1803. Eine Vererbung auf die Familienglieder nach den Regeln der Inteſtaterbfolge kann zwar Statt finden, iſt aber immer nur Sache beſonderer Anordnung, l. 57. §. 2. D. ad SCt. Treb., d. N. 159., und am allerwenigſten kannten die Römer ein Recht der nachgebornen Deſcendenten auf das Fideicommiß in dem Umfange, wie die Doctrin der Germaniſten; vgl. Madihn Miscellen, n. 35. und über die berüchtigte N. 159. Stryck. succ. ab int. VII. 3. §. 40. 41. Bauer resp. 139. Weſtphal v. Vermächtn. §. 356. 357. Marezoll in Grolmanns Maga= zin IV. 11. n. 6. Pfeiffer a. a. O. S. 57. ff. Roßhirt I. 3. §. 5. S. 152. Die Dunkelheit der angef. Novelle hat mehrere, unter andern auch Steinacker in der weiter unten angef. diss. III. 7. in fin., zu der Annahme beſtimmt, dieſelbe als unbrauchbar für die Anwendung darzuſtellen. Aufgehoben werden ſolche Fidei= commiſſe mit Einwilligung der Betheiligten, a. l. 11. C. de fideic., und bei einer dem Deſcendenten hinterlaſſenen Fideicommiß nach Ausſterben der vierten Generation; N. 159. und die oben angef. Rechtslehrer. Was die fid. familiae des deutſchen Rechts betrifft, ſo vergl. Ph. Knipſchild tr. de fideicommissis familiarum nobilium, von Stammgütern, sive de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur. Arg. 1626. rec. Aug. Vind. 1750. 4. C. Wildvogel de fideicommissis familiarum nobilium

conventionalibus. Jen. 1710. J. H. Böhmer D. de fundamentis pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium. Hal. 1730. in Exerc. ad Pand. II. p. 403. Stryck de success. ab intest. Diss. VII. deſſen cautelae test. XXI. 1. §. 18. sqq. und 2. Leyser. sp. 403. v. Oettingen. diss. l. cap. 3. J. G. Sieber. selecta cap. fideic. fam. L. 1743. F. O. Richter. tentamen theoriae de fideic. fam. illustr. Mogunt. 1790. C. D. Erhard. de fid. fam. obs. pract. L. 1806. Weſtphal deutſches und reichsſt. Privatr. II. n. 57. J. D. Mellmann. selecta cap. doctrinae de fid. fam. Alton. et L. 1793. F. A. v. Mosham Verſuch einer Entwickelung der rechtl. Verhältniſſe bei den Geſchlechtsfideic. München 1817. K. von Salza u. Lichtenau, Lehre von Fam.-Fideicommiſſen. L. 1838. W. F. Steinacker. de fideic. fam. secundum leges Saxon. L. 1834. Eichhorn D. P. R. §. 368. Mittermaier §. 142. Maurenbrecher §. 193. Außerdem wimmeln die Schriften von Cramer, die Rechtsfälle von Pütter und beider Böhmer, die Abhandlungen von J. J. Moſer von Fällen, in denen die Materie von Familienfideicommiſſen mehr oder minder ausführlich abgehandelt wird. Ueber das Verhältniß der Familienfideicommiſſe zu den bonis avitis vgl. Stryck. succ. ab int. diss. VII. cap. 1. §. 10. sqq. Gmelin und Elſäſſer gemeinn. Beob. und Rechtsf. V. 2. Poſſe Prüfung des Unterſchieds zw. Erbfolgerecht und Erbfolgeordn., nebſt einer Entwickel. des Begriffs von Stamm- und Fideic.-Güt. Roſt. und L. 1796. c. 4. 5. Pfeiffer verm. Aufſätze über Gegenſtände des d. und röm. Rechts. Marb. 1803. n. 13. Haubold P. R. §. 396. Steinacker diss. l. c. 1. §. 3. Das Weſentliche bei dieſer Art der Familienfideicommiſſe iſt die Vererbung von Generation zu Generation, nach einer gewiſſen auch die nachgebornen Familienglieder umfaſſenden Reihefolge, Stryck succ. ab int. VII. 3. §. 19. 20. Steinacker l. §. 3. 4. (im Gegenſatz zu einer Anordnung, welche bloß zu Gunſten einzelner Familienglieder erfolgt), verbunden mit dem Verbot der Veräußerung extra familiam. Das Eine ohne das Andre würde nicht hinreichen, um die Annahme eines Familienfideicommiſſes zu begründen. Vgl., was die Anordnung einer beſondern Succeſſionsordn. betrifft, Pütter Rechtsfälle III. 250. 251. Canngießer dec. 318. Brockes obs. 469. Richter diss. l. II. 8. Gmelin und Elſäſſer gemeinn. Beob. und Rechtsf. IV. 2., und was Veräußerungsverbote anlangt, Pütter Rechtsf. III. 252. Schmalz Rechtsſpr. der Hall. Jur.-Fac. I. 4. Schmidt Rechtsſpr. I. 14. Canngießer dec. 49. 317. Richter diss. l. Ein bloßes Veräußerungsverbot iſt bisweilen nichts als ein zu Gunſten der Familienglieder angeordneter Vorkauf; vgl. Putoneus enunc. I. 11. Auf dieſe Weiſe ward eine ſcheinbar auf fid. fam. gerichtete Dispoſition

interpretirt von der Jur.=Fac. zu Leipzig M. März 1836., ferner in Sachen D. C. L. H. ./. J. H. H. von dem Schöppenſtuhl zu Leipzig und dem ehemaligen App.=Gericht in einem Fall, in welchem der Teſtirer zwar ein Verbot der Veräußerung extra familiam, aber keine Vererbung auf mehrere Generationen angeordnet hatte. Daher ward auch das von dem Kläger angebrachte Geſuch um Confirmation des angeblichen Familienfideicommiſſes verworfen. Ebenſo entſchied in einem Fall, in welchem der Teſtirer nichts weiter geſagt hatte, als: weil ich überhaupt wünſche, daß mein Grundſtück bei meiner Familie bleibe, ſo ſoll daſſelbe, daferne mein Sohn A. ſolches nicht behalten wollte, meinem Schwiegerſohn angeboten werden; der Schöppenſtuhl zu Leipzig M. Jul. 1830., was nachmals von dem App.=Gericht zu Leipzig beſtätigt ward. Sind jene Merkmale eines fid. fam. nicht vorhanden, ſo kann ein ſolches nicht angenommen werden, wenn gleich der Teſtirer bei ſeiner Verordnung dieſen Namen gebraucht haben ſollte. Pufendorf II. obs. 85. Im Gegentheil wird daſſelbe angenommen, wenn auch der Teſtirer geſagt haben ſollte, er wolle kein fid. fam. errichten; vgl. Canngießer dec. 318. Erhardt diss. l. §. 1. Daß nur Grundſtücke das Object eines ſolchen fideic. bilden, iſt die Anſicht von Knipſchild a. a. O. cap. V. §. 1. und mehrerer ältern Rechtslehrer, ingleichen, inſofern von dem ſächſ. Recht und namentlich von Anwendung der E. P. O. XLV. 7., ingl. der dec. 10. v. J. 1746. die Rede iſt, von Steinacker diss. l. I. 12. II. 9., obgleich die ehemalige Landesregierung, ſo wie das an deren Stelle getretene Landes=Juſtizcolleg. anderer Meinung war. Das Geſ. B. v. 28. Januar 1835. §. 6. 8. (G.S. n. 18.) ſpricht da, wo es von der Cognition der App.=Gerichte zu Dresden und Budiſſin in Anſehung der Familienfideicommiſſe handelt, bloß von Immobilien als Gegenſtand der Familienfideicommiſſe; woraus allein aber freilich nicht folgt, daß nur Immobilien Gegenſtand ſolcher Fideicommiſſe ſeyn können. Daß ein Familienfideicommiß auch Mobilien und Kapitalien (wohin beſonders die ſogenannten Lehnsſtämme zu rechnen ſeyn dürften) zum Gegenſtand haben könne, behaupten Berger in der mehrmals angef. diss. §. 2. Oettingen III. 10. Richter diss. l. II. 10. Winkler. pr. de fid. ſam. rerum mobil. L. 1765. in opusc. II. p. 60.; vgl. auch Bauer. resp. 139. L. 1803. Ueber Rechte als Gegenſtand des Fideicommiſſes Oettingen l. l. Schmalz a. a. O. Richter diss. l. II. 3.; vgl. auch Kritz Rechtsf. III. 7. Hier war die Rede von einem auf ein Grundſtück zu verſichernden Kapital, deſſen Zinſen zu Unterſtützung bedürftiger Familienglieder verwendet werden ſollten. Auch ein Complex von Gütern kann Gegenſtand des fideic. fam. ſeyn; ſo ein Hauptgrundſtück mit Pertinenzen, wobei denn vornehmlich in Frage

kommt, was als Pertinenz anzuſehen ſey. Cramer obs. III. 932. Pütter Rechtsf. IV. 377. Steinacker I. 9. Von Verlaſſenſchaften als Gegenſtand des Fideicommiſſes Richter diss. I. II. 7. Daß die fideic. illustrium bisweilen auch auf das ganze Vermögen, bona praesentia et futura, ſich beziehen, ebendaſ. §. 6. Cramer obs. III. 932. Canngießer dec. 94. n. 35. Ueber das Hausfideicommiß des königl. Hauſes in Sachſen vgl. §. 425. not. n. o.

c) Runde D. P. R. §. 693. Knipſchild III. 32. Eichhorn §. 368. Steinacker cap. 1. §. 6. Anderer Meinung iſt nach gemeinem deutſchen Recht Maurenbrecher §. 193. Daß übrigens fid. fam. nicht bloß zu Gunſten der eignen Familie des Teſtirers, ſondern auch für die Familie eines Dritten angeordnet werden können, ſ. Steinacker I. §. 7.

d) Ueber Lehne Erhard, de fideic. familiae observatt. practicae. L. 1806. obs. 2. Demuth in der §. 808. not. a. angef. diss. II. 1. Daſſelbe wird von andern Sachen gelten, in Anſehung deren einem Dritten das ſogenannte dom. directum zuſteht.

§. 808.

So viel die Errichtung eines Familienfideicommiſſes betrifft, ſo geſchieht dieſelbe entweder durch teſtamentariſche Verordnung [a]), oder durch einen Vertrag mit den Mitgliedern der Familie, welchen ein Erbrecht auf das Grundſtück zuſteht [b]). In beiden Fällen iſt Confirmation erforderlich [c]). Es muß nämlich das Fideicommiß bei Lehngütern von dem Lehnherrn [d]), bei Allodial-Vermögen von dem Gerichtsherrn, und zwar, wenn von Grundſtücken die Rede iſt, von dem judex rei sitae confirmirt [e]) und darüber Conſens [f]) ertheilt werden, widrigenfalls daſſelbe wider die Gläubiger und den dritten Beſitzer des Grundſtücks von keiner Wirkung iſt [g]). Nach neuerm Recht iſt aber auch hier an die Stelle der Confirmation die Eintragung in die Grund- und Hypothekenbücher getreten [h]).

a) Daß hierbei der Pflichttheil der Notherben nicht beeinträchtigt werden dürfe, verſteht ſich; vgl. §. 702. Pütter Rechtsf. III. 252. Ob durch ein test. par. inter liberos ein Familienfideicommiß errichtet werden könne? ſ. Canngießer dec. 96. n. 25.

b) Vgl. über fid. fam. conventionalia die §. 807. not. b. angef. Schriften von Wildvogel, Böhmer, Leyſer sp. 402. In wiefern ein Dritter durch ein ſolches Pactum Rechte erwerbe? Stryck caut. test. XXI. 1. §. 24.

c) Vgl. Oettingen III. 13. Hommel obs. 638. Glück und Geiger Rechtsf. II. 23. Nach gem. Recht iſt freilich die Nothwendigkeit der Beſtätigung problematiſch. Canngießer dec. 231. n. 14. In Sachſen E. P. O. XLV. dec. 10. v. J. 1746. 7. Mand. v. 16. Jul. 1730. in C. A. C. I. 1. S. 285. u. 24. Nov. 1734. ib. S. 300. dec. 10. v. Jahre 1746. Steinacker diss. I. cap. II. Die Beſtimmung der E. P. O., ingleichen der dec. 10. mit der auf letztere Bezug habenden Erläuterung v. 1820. haben durch das Geſetz v. 23. Januar 1836. (G.S. n. 5.) auch in der Lauſitz Gültigkeit erlangt. Die Confirmation haben zunächſt der Teſtirer oder die Paciſcenten nachzuſuchen. Bei Familienfideicommiſſen, welche durch letzten Willen beſtellt werden, kann jedoch auch nach dem Tode des Erblaſſers die Confirmation von allen oder auch nur einigen, welche dabei betheiligt ſind, nachgeſucht werden, Griebner zu der angef. Stelle der E. P. O. S. 456.; vgl. darüber u. überhaupt über die Perſonen, welche die Confirmation nachzuſuchen haben, und die Zeit, zu welcher Confirmation nachgeſucht und ertheilt werden kann, Steinacker l. l. §. 6. 7. Kritz Rechtsf. III. 7. Ob es einen directen Zwang gebe, die Confirmation des Fideicommiſſes nachzuſuchen? iſt zweifelhaft. Was die durch letzten Willen angeordneten Familienfideicommiſſe anlangt, ſo hat ein ſolcher Zwang gegen den Teſtirer gewiß nicht Statt; daß aber auch nach dem Tode des Teſtirers die Betheiligten in der Regel nicht genöthigt werden können, die Confirmation des fideic. nachzuſuchen, iſt die Meinung von Steinacker cap. III. §. 2. 3., nach welchem der Richter nicht einmal in dem Intereſſe künftiger noch nicht geborner Deſcendenten die lebenden Intereſſenten zur Nachſuchung der Confirmation nöthigen kann. Dagegen ſoll auf Antrag eines beſtellten executor testamenti ein Zwangsverfahren gegen die Betheiligten ſtatthaft ſeyn. So ſcharfſinnig dies Alles an dem angeführten Ort ausgeführt wird, ſo bleiben dennoch einige Zweifel übrig. Wenn nämlich die Betheiligten auf Antrag eines executor testamenti, der doch auch kein andres Intereſſe hat, als den letzten Willen des Teſtirers erfüllt zu ſehen, ſich fügen müſſen, ſo ſieht man nicht ein, was ſie dem ex officio verfahrenden Richter, der, wie er kann, die Stelle des executor test. übernimmt, mit Grund entgegenſetzen könnten, wenn es nicht das Anführen iſt, daß man ſich vereinigt habe, die Confirmation des Fideicommiſſes nicht nachzuſuchen, mithin das Fideicommiß wenigſtens mit der vollen Wirkung nicht gelten laſſen zu wollen. Ob eine ſolche Vereinigung, ſo lange nicht damit Verzicht auf die in dem letzten Willen zugedachten Vortheile verbunden iſt, dem Willen des Teſtirers gegenüber Wirkſamkeit habe? darüber laſſen ſich wohl Zweifel vorbringen. Die Anordnung eines Familienfideicommiſſes iſt doch in keinem Fall ein nudum praeceptum, über welches man ſich ohne Weiteres hinwegſetzen könnte. Und

wenn ſchon dem entgegen ein Argument aus der angef. l. 11. C. de fid. entlehnt werden könnte, ſo iſt doch die Frage, ob die Beſtimmung dieſes Geſetzes ſo unbedingt auf deutſche Familienfideicommiſſe anwendbar ſey; und ob man nicht wenigſtens in der Anwendung des Geſetzes auf dieſes Inſtitut unter denjenigen, qui alienatione facta ad fideicommissi persecutionem adspirare possunt, auch andre als die lebenden Intereſſenten verſtehen müſſe? Freilich läßt ſich die Einwilligung der Nachgebornen nicht erlangen, und es iſt gewiß, daß es zweck- und nutzlos ſeyn würde, die Gerechtſame derſelben durch einen curator vertreten zu laſſen; daraus folgt aber nur, daß die Beſeitigung eines deutſchen, mit Rückſicht auf die nachgebornen Familienglieder angeordneten, Familienfideicommiſſes durch mutuus consensus nicht möglich ſey. Eine andere Frage iſt, ob der Richter, ſo wie er die lebenden Intereſſenten zur Confirmation nöthigen kann, ſo auch dieſelben zur Confirmation nöthigen müſſe? Doch auch dieſe Frage ſcheint, ſo bald der Gegenſtand des Fideicommiſſes res singularis iſt, nach der E. P. O. XLV. 4. kaum anders als bejahend beantwortet werden zu können. Was die fid. fam. conventionalia anlangt, ſo ſcheint zwar allerdings gegen die Paciſcenten ſelbſt ein Zwang, die confirmatio nachzuſuchen, eben ſo unſtatthaft als gegen den, welcher in ſeinem letzten Willen ein ſolches Fideicommiß angeordnet hat; iſt aber der Fall des Vertrags bereits eingetreten, ſo dürfte auch hier die Behörde wenigſtens das Recht haben, die Intereſſenten zur Nachſuchung der Confirmation zu nöthigen, oder auch dieſe ex officio zu veranſtalten; vgl. J. U. Cramer. de fid. fam. conventionalis in sp. realis morte unius compaciscentium confirmati abolitione invalide a reliquis facta in opusc. IV. 2. — Ob übrigens auch eine bloße Veränderung in Anſehung der gemeinrechtlichen Erbfolge, welche durch Einführung der Primogenitare das Majorat oder Seniorat erfolgt, der Confirmation bedürfe? iſt die Frage. Die E. P. O. ſagt darüber nichts. Auch die dec. 10. v. J. 1746. enthält keine directe Beſtimmung; ſie ſagt bloß, daß zu Abänderung ſolcher Einrichtungen Conſens der Gerichte, vor welchen ſie confirmirt, nöthig ſey; ohne dieſe Confirmation als Bedingung der Errichtung zu erwähnen.

d) Vgl. Fr. H. W. Demuth. de confirmatione fideic. fam. feudalium. L. 1804. Steinacker l. l. §. 2.

e) Steinacker II. 2. Bei Grundſtücken, welche in Sachſen bei der Lehnscurie zu Lehn gehen, iſt dieſe, und zwar h. z. T. das Appellationsgericht zu Dresden und für die Lauſitz das zu Budiſſin die competente Behörde; vgl. Geſetz B. vom 28. Januar 1835. §. 6. 8. G.S. n. 18. S. 67. und die Verordn. dazu v. 28. März 1835. §. 9. G.S. n. 36. S. 214. Wer die Confirmation zu bewirken habe, wenn ein andrer Gegenſtand des Fideicommiſſes vor-

liegt, darüber findet ſich zwar keine beſtimmte geſetzliche Vorſchrift; indeß lehrt ſowohl E. P. O. XLV. 7. als dec. 10., daß der ehemaligen Lehnscurie, an deren Stelle ohne Zweifel die vorgenannten Appellationsgerichte getreten ſind, eine ausſchließliche Competenz nicht zuſtand. Am meiſten zweifelhaft iſt, welches Gericht bei einem in Mobilien beſtehenden Fideicommiß competent ſey; und ob nicht etwa ein actus jurisdictionis mere voluntariae vorliege.

f) Daß bei den nach 1724 begründeten Fideicommiſſen außer der Confirmation auch Conſens ertheilt werden müſſe, ſ. Kind IV. 42. (I. 34.).

g) E. P. O. XLV. 7. Steinacker II. 2.; vgl. Demuth cap. 1. §. 13. Doch würde hiervon der Fall auszunehmen ſeyn, wenn der dritte Beſitzer von der Fideicommißeigenſchaft des Gutes Wiſſenſchaft gehabt, mithin in mala fide ſich befunden hätte; Winkler ad Berger. Oec. II. 4. 32. 10. A. M. iſt jedoch Steinacker diss. l. II. 5. p. 31. Noch weiter als Winkler ging Reinhardt, Ordn. der Gläubiger im Concurs §. 8., nach welchem durch die E. P. O. bei einem nicht beſtätigten Familienfideicommiß den Fideicommiß-Intereſſenten zwar die vindicatio ex jure pignoris, nicht aber die vindicatio ex jure dominii entzogen worden iſt. Dem, was in Anſehung der Veräußerung gewöhnlicher Fideicommiſſe Rechtens iſt, ſcheint dieſe Anſicht allerdings gemäß. Man vergleiche dagegen Steinacker diss. l. II. 3. — Die Errichtung eines fideic. fam. und namentlich die confirmatio iſt facti und muß bewieſen werden; es reicht daher nicht hin, daß gewiſſe Gegenſtände ſpäterhin von den Erben als fid. fam. behandelt worden ſind; vgl. Leyſer sp. 403. m. 1. Oettingen l. I. §. 20. sqq. Gönner Rechtsf. II. 18. Canngießer dec. hasso-cass. 45. 94. 318. Richter diss. l. cap. 6. Mellmann §. 15. Einen merkwürdigen Fall, in welchem über die Errichtung eines Familienfideicommiſſes geſtritten ward, enth. Darſtellung eines hundertj. Rechtsſtreites in Sachen v. Weſtrumb Flgrs. ./· v. Weichs, jetzt Aſcheberg ꝛc. Beklagte. Osnabrück 1833. Ein anderer Streit über denſelben Gegenſtand iſt Schreibern dieſes vor kurzem in praxi vorgekommen. Ein Haus war in mehrern Belehnungsurkunden über daſſelbe als Familienfideicommiß bezeichnet worden. Es erhellete aber nicht, ob ein ſolches Fideicommiß wirklich errichtet worden ſey; nicht einmal das ließ ſich überſehen, ob ſchon vor dem Jahr 1724 daſſelbe als Fideicommiß behandelt worden ſey; nur darüber war man einig, daß es immer von Adſcendenten auf Deſcendenten vererbt worden ſey. Der neue Acquirent wollte nicht geſchehen laſſen, daß bei der Belehnung das Haus als Fideicommiß bezeichnet werde. Auf die deshalb geführte Beſchwerde ward von der höchſten Behörde die Beſtellung eines Contradictors angeordnet, der nun das Daſeyn eines Fideicommiſſes gegen den Acquirenten

beweiſen ſollte. — Uebrigens nehmen an, daß wenigſtens unter Adligen Familienfideicommiſſe auch durch Obſervanz eingeführt werden können, Knipſchild IV. n. 74. Leyſer coroll. l. ad sp. 403. Gönner II. 18. Pfeiffer Aufſätze; n. 1. §. 3. Mittermaier §. 142.; eine Annahme, die hauptſächlich auf der namentlich von den neuern Germaniſten aufgeſtellten Hypotheſe der Hausgeſetzgebung des Adels als Grund der deutſchen Familienfideicommiſſe beruht.

h) Geſ. v. 6. Novbr. 1843. §. 9. Die Eintragung erfolgt unter die erſte Rubrik des Grund- und Hypothekenbuchs, §. 15. 2.

§. 809.

Vermöge des Zwecks einer ſolchen Stiftung ergiebt ſich ſchon von ſelbſt: 1) daß das Fideicommißgut zwar auf die Nachkommen nach den Regeln der gewöhnlichen succ. ab intestato [a]), jedoch nur auf die männliche Deſcendenz des Stammvaters vererbt werden könne [b]). Iſt bei der Errichtung eine gewiſſe Succeſſionsordnung vorgeſchrieben [c]), ſo wird derſelben nachgegangen, außerdem aber jedesmal der nächſte männliche Erbe des letzten Beſitzers zur Erbfolge gerufen [d]). Da übrigens ein jeder Deſcendent des Stammvaters, welcher zur Erbfolge in dergleichen Gütern gelangt, dieſelbe nicht ſeinem Erblaſſer, ſondern der Vorſorge des Stammvaters, nach deſſen Verordnung das Gut nicht veräußert werden durfte, zu verdanken hat, ſo kann hierbei weder eine Enterbung [e]), noch der Abzug eines Trebellianiſchen Viertheils Statt finden [f]). 2) Daß das Fideicommißgut nicht veräußert werden dürfe, widrigenfalls, zwar nicht bei Lebzeiten deſſen, welcher es veräußert hat, jedoch aber nach ſeinem Tode, derjenige, welchem das nächſte Erbrecht darauf zuſteht, ſoweit er nicht des erſtern Erbe geworden, daſſelbe revociren kann [g]). Doch leidet ſolches natürlicher Weiſe alsdann eine Ausnahme, wenn die Veräußerung zur Tilgung der Schulden, welche der Stifter des Fideicommiſſes ſelbſt gemacht hat, nothwendig iſt [h]). Sonſt behält der jedesmalige Inhaber allerdings das Recht, die Nutzungen aus einem fruchttragenden Grundſtück zu ziehen; er hat aber auch davon die nothwendigen Ausgaben

zu beſtreiten [i]). Uebrigens iſt ein errichtetes fideic. fam. stricte zu erklären [k]).

a) Knipschild. IX. n. 8. Stryck. succ. ab intest. VII. 3. 1. §. 12. Brockes obs. 171. Eichhorn D. P. R. §. 369. 370. Mittermaier §. 398. Steinacker I. §. 8. Nach Maurenbrecher §. 571. findet nicht ſowohl eigentliche Erbfolge als Einrücken in den Beſitz Statt. Eben dies behauptet von der Succeſſion in Stammgüter Pfeiffer verm. Aufſätze über Gegenſtände des d. und röm. Privatr. Marb. 1803. n. 1. §. 5. Daß successio feudalis in der Regel nicht Statt finde, darüber iſt man einverſtanden. Bei Succeſſion in Familienfideicommiſſen iſt es übrigens, wo ſich der mehrfach beſtrittene Unterſchied zwiſchen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung gar nicht weg disputiren läßt. Ein Erbfolgerecht oder Erbrecht, d. h. ein Recht, das nicht bloß in dem Befugniß, das angefallene Fideicommißgut dereinſt zu erwerben beſteht, ſondern auch vor dem Anfall in gewiſſer Maaße Wirkſamkeit äußert (vgl. n. 2.), haben die Verwandten des Stifters; allein das Recht, in den Beſitz und Genuß des Fideicommiſſes einzutreten, erlangen ſie in einer gewiſſen Ordnung, Erbfolgeordnung. Dieſe Succeſſion iſt ferner successio singularis, und ſchon darum nicht mit der Verpflichtung, die facta des Vorgängers im Beſitz zu vertreten, verbunden. Sie iſt endlich successio ex pacto et providentia majorum, daher nach Errichtung des Fideicommiſſes keiner der in den Genuß des Fideicommiſſes eintritt, die Rechte der Nachfolger ſchmälern darf; vgl. Pütter Rechtsf. III. 250. Aus dem bisher Geſagten folgt unmittelbar, daß, ſo wie bei dem Ableben eines Vaſallen separatio feudi ab allodio, ſo bei dem Tod eines Fideicommißinhabers separatio fideicommissi von dem freien Nachlaß Statt finden kann; vgl. Böhmer Rechtsf. II. 119. Als Eigenthümlichkeit der Succeſſion in Familienfideicommiſſen wird übrigens, wiewohl ohne hinlänglichen Grund, angeführt, daß bei derſelben jus repraesentationis wegfalle; vgl. Stryck l. l. cap. 3. §. 23. Wernher Enunc. I. obs. 195. Sieber diss. l. §. 15. Pütter Rechtsf. III. 298. Mit mehr Recht ſcheint als etwas Weſentliches derſelben die Ausſchließung der materiellen Theilung angeſehen werden zu können, obwohl im Allgemeinen nichts hindert, daß mehrere, gleichzeitig zur Succeſſion Berechtigte, partes pro indiviso an dem Fideicommißgut haben; vgl. Mittermaier §. 398. Jene wäre immer eine Art der Veräußerung.

b) Folglich können auch nur Halbgeſchwiſter von väterlicher (consanguinei), nicht aber von mütterlicher Seite zur Succeſſion gelangen; vgl. Stryck succ. ab intest. V. 4. §. 34. Harpprecht. de simult. success. german. et consanguin. fratr. in fid. fam. in

coll. diss. II. 53. Berger Oec. II. IV. 32. 3. Die Meinung, daß Frauensperſonen von der Erbfolge in Familienfideicommiſſe ausgeſchloſſen ſeyen, hat von jeher viel Anhänger, die zum Theil auf das römiſche Recht, l. 195. §. 5. D. de V. S., ſich ſtützen, gefunden; vgl. Stryck l. l. cap. 2. §. 9. sq. cap. 3. §. 30. sq. Carpzov VI. obs. 86. Cramer Wetzl. Nebenſt. XCIX. 1. et 2., ingl. deſſen opusc. I. 11. Oettingen III. 15. Brockes obs. 468. Sieber §. 14. Pütter. de jure feminar. adspirandi ad fid. fam. in Sylloge comment. n. 1. Schott, über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial-, Stamm- und altväterliche Güter. Tübingen 1809. Eichhorn §. 369. Pfeiffer Auff. §. 5. Dennoch ſind anderer Meinung Weſtphal D. P. R. II. 57. §. 13. und daſ. resp. 88. Maurenbrecher §. 572. Böhmer Rechtsf. I. 18. n. 29. Erhard diss. l. obs. 3., welchen auch Steinacker I. 8. beigepflichtet hat; vgl. auch Stryck caut. test. XXI. 1. 24. v. Selchow Rechtsf. I. 10. Gmelin und Elſäſſer gemeinn. Beob. und Rechtsf. I. 18. Ueber Familienfideicommiſſe auf Stamm- und Nacherben, Madihn a. a. O. S. 182. Wenn übrigens in dem Text bloß von Deſcendenten des Stammvaters die Rede iſt, ſo ſcheint damit angenommen zu werden, daß andre Agnaten deſſelben von der Succeſſion in das Fideicommiß ausgeſchloſſen ſind. Darin ſtimmen allerdings Viele bei, unter Andern auch Pfeiffer a. a. O. Maurenbrecher §. 572., der jedoch §. 190. etwas Anderes zu lehren ſcheint. A. M. iſt Stryck l. l. cap. 2. §. 45. Sieber §. 14. Steinacker I. §. 8. Es iſt nicht zu leugnen, daß in Sachſen dec. 10., wenn ſie die Aufhebung eines Familienfideicommiſſes von dem Wegfall der Deſcendenten des zweiten Grades abhängig macht, von der erſtern Meinung ausgegangen zu ſeyn ſcheint. Ueber ſogenannte fid. fam. cognatica vgl. Cramer opusc. IV. 22. F. C. Ruprecht de fid. fam. cognat. Marb. 1739. Ueber ein fid. fam. für Töchter Pütter III. 257. Ueber Ausſchließung von Deſcendenten, die nicht aus ebenbürtiger Ehe erzeugt ſind, Bauer. resp. 84. L. 1797., ein Punct, der bei dem bekannten Streit über die Gräfl. Bentinkſche Succeſſion zur Frage kam. Sind die eintretenden Nachfolger unbekannt, ſo kann in Gemäßheit des Mand. v. 13. Novbr. 1779. §. I. n. 4. Edictalcitation Statt finden. Kritz Rechtsf. III. 7.

c) Pütter Rechtsf. III. 257. Dies würde namentlich der Fall ſeyn, wenn bei der Errichtung Primogenitur, Majorat oder Seniorat angeordnet worden wäre. Pütter Rechtsf. III. 255. Von dem Umſtand, ob bei der Stiftung alle Familienglieder und Nachkommen, oder nur einige beſonders bezeichnete, zur Succeſſion berufen worden ſind, hat man die Eintheilung der Familienfideicommiſſe in fideic. realia und personalia entlehnt, Oettingen III. §. 2.

Cramer in der §. 808. not. 2. angef. diss. Richter diss. I. III. 7. u. dagegen Steinacker I. §. 3. 4. Ueber Anwendung der Regel positi in conditione, positi videntur in dispositione, angewendet auf die Erbfolge in Familienfideicommiſſe, vgl. Stryck caut. test. XXI. 1. §. 30. Madihn Miſcellen n. 35.; vgl. auch Cramer obs. III. 955. In wie weit die Beſchränkung des Erbrechts auf ſolche Mitglieder, welche einer beſtimmten Confeſſion zugethan ſind, noch h. z. T. wirkſam ſey? darüber vgl. Biener interpr. c. 11. in opusc. II. p. 350.

d) Leyſer sp. 403. m. 2.

e) Stryck succ. ab int. VII. 2. §. 211. sqq. Oettingen III. 5. Runde teutſches Privatrecht. §. 695. Eichhorn §. 367.

f) Winkler ad Berger. Oec. II. 4. th. 34. Oettingen III. 12. Leyser. sp. 405. med. 2. Müller. ad L. obs. 628. J. P. de Ludewig de quarta Treb. et legit. exule in fid. fruct. cap. 4. Canngießer dec. 96. n. 34. Hommel obs. 204. Runde und Eichhorn a. a. O.

g) Stryck succ. ab int. VII. 4. §. 14. sqq. Oettingen III. 17. sqq. Jenichen. resp. II. in deſſen thesaur. jur. feud. III. p. 403. Böhmers Consultt. T. I. P. II. Resp. 87. n. 33. und T. II. Resp. 770. n. 22. 23. Leyſer Sp. 403. m. 5. Müller. ad L. obs. 630. Struben rechtl. Bed. Th. I. n. 27. u. Th. IV. n. 76. 341. 342. ed. 2. Green im angez. Progr. Quatenus heres factum defuncti impugnare possit? pag. 9. Hellfeld. de fid. fam. illustr. eorumque si alienata sunt revocat. Jen. 1779. Richter diss. I. III. 3. VII. 6. VIII. Canngießer dec. 45. 318. Pfeiffer Auff. n. 1. §. 7—11. Zu ſolchen unerlaubten Veräußerungen gehört auch der Verkauf unter Beifügung eines pact. de retrovendendo, vgl. Thalwitzer. diss., qua demonstratur jure sax. fratri liberos sororemque habenti bona a matre per ult. voluntat. sub lege ne alienentur, sed ut in familia conserventur relicta extra fam. sub pacto de retrovendendo alienare non licere. Viteb. 1794.; ferner Verpfändung, Pütter Rechtsf. III. 252. permutatio, Sieber diss. I. §. 15. Struben, r. Bed. IV. 140. (343. ed. 2.). Ueber transactio unter den zu dem Fideicommiß berufenen Intereſſenten, Harpprecht diss. de transact. super fideic. inter personas ad illud vocatas §. 25.; in Vol. diss. II. 54. Pütter Rechtsf. IV. 377. 398. Dieſe und ähnliche Veräußerungen, inſofern durch ſelbige die Fideicommiß-Eigenſchaft aufgehoben wird, machen die Beobachtung der Vorſchriften nöthig, welche für die Aufhebung des Fideicommiſſes gegeben ſind (§. 811.). Die bloße Einwilligung der lebenden Intereſſenten iſt daher nicht ausreichend, wenn ſie gleich den bindet, welcher eingewilligt hat; vgl. Pütter Rechtsf. III. 253.

Gmelin und Elſäſſer gemeinn. Beob. u. Rechtsf. IV. 10. Pfeiffer a. a. O. §. 7. ff. Der, welcher nicht eingewilligt hat, und alſo auch Nachgeborne können die Veräußerung zwar nicht ſofort, wie Wernher p. VI. obs. 484. meint, wohl aber, wenn ſie die Reihe der Erbfolge trifft, anfechten, Pütter Rechtsf. III. 254. 255. Pfeiffer §. 8. 9. Hommel obs. 867. Steinacker II. 3., und das zwar ohne Unterſchied, ob die Veräußerung an ein Mitglied der Familie, das noch nicht zur Succeſſion berechtigt iſt, oder an einen Extraneus geſchehen iſt. Dabei entſteht jedoch die Frage: 1) ob auch bei einem noch nicht beſtätigten Fideicommiß den Intereſſenten ein jus revocandi zuſtehe? Dieſer Frage iſt ſchon oben §. 808. not. g. gedacht worden. Der bejahenden Beantwortung pflichtet außer Reinhardt a. a. O. §. 8. auch Thalwitzer diss. l. §. 3. not. 13. bei, weil die E. P. O. XLV. 7. nur in dem Intereſſe der Gläubiger die Confirmation erfordere, die Rechte der Fideicommiß-Intereſſenten aber unberührt laſſe. Das Erſtere iſt nun freilich nicht ganz richtig, weil in der angef. Geſetzſtelle ausdrücklich geſagt wird, daß ein nicht beſtätigtes Fideicommiß wider die *creditores* und *possessores tertios* von keiner Gültigkeit ſeyn ſolle; allein zu leugnen iſt gleichwohl nicht, daß damit die Gültigkeit des Fideicommiſſes unter den Intereſſenten ſelbſt nicht verneint, auch das bei einem gewöhnlichen Fideicommiß für den Fiduciar beſtehende Veräußerungsverbot nicht aufgehoben wird; und ſowohl die Juriſten-Fac. als das App.-Gericht zu Leipzig haben M. Sept. und Decbr. 1836. angenommen, daß der ermangelnden Confirmation ungeachtet das Fideicommiß unter den Intereſſenten beſtehe; vgl. auch Steinacker II. 5. III. 6. p. 17., obwohl derſelbe, wie gedacht, cap. 2. §. 4. gegen die Reinhardtſche Anſicht ſich erklärt. Am wenigſten dürfte den Intereſſenten das Recht zu verſagen ſeyn, eine beabſichtigte Veräußerung zu hindern. Die Frage iſt 2) ob derjenige Intereſſent, welcher Erbe des Veräußernden geworden iſt, die unternommene Veräußerung anfechten könne? Sie wird im §. im Allgemeinen mit Recht verneint, obwohl mehrere, wie Knipſchild c. IX. n. 394. 404. und ſelbſt Pütter Rechtsf. II. 253. anderer Meinung ſind. Der Letztere will den Erben bloß zu Erſtattung des Aequivalents gehalten wiſſen, welches der Verſtorbene erhalten hatte. Hiernach iſt denn auch in specie die Frage zu beantworten: ob die Kinder eine von ihrem Vater unternommene Veräußerung anzufechten berechtigt ſeyen? vgl. Leyſer sp. 403. m. 4. 5. Müller. ad L. obs. 630. H. G. Bauer. fideicommissi familiae relicti alienatio consentientibus iis, quorum interest facta quatenus damnosa sit liberis. L. 1770., verb. mit deſſen Comm. zu dec. 10. §. 9. 15. Pfeiffer a. a. O. §. 9. Steinacker II, 3. Pütter Rechtsf. II. 212. III. 253. In Anſehung der

Kinder entſteht aber in Sachſen noch die beſondere Frage: ob das, was c. 47. p. II., ingl. das Torgauſche Ausſchr. §., welchergeſtalt die Agnaten ꝛc. in Anſehung der Lehne beſtimmt, daß es den Kindern nicht freiſtehen ſolle, die väterliche Allodialerbſchaft auszuſchlagen und bloß die Succeſſion in das Lehn zu erwählen, auch auf Familienfideicommiſſe anwendbar ſey? vgl. Zachariä Lehnr. §. 93. 191. b. der 2ten Ausg. Wenn jene Beſtimmungen aus dem Langob. Lehnr. II. feud. 45. entlehnt, und als eine Eigenthümlichkeit der successio in feuda anzuſehen iſt, ſo ſcheint die aufgeworfene Frage verneint werden zu müſſen, wie dies auch Hagemann Erört. VII. 45. mit Andern daſ. angeführten, ingl. Eichhorn §. 369. Bauer diss. I. §. 10. und in dem Comm. zur Deciſ. 10. §. 2. annehmen. A. M. iſt Wernher p. II. obs. 422. Weſtphal deutſches und reichsſt. Privatrecht, II. 57. und daſ. resp. 87. 88. Steinacker diss. I. I. 8. not. 32. a. Und in der That ſieht man auch nicht recht ein, warum bei der Succeſſion in Familienfideicommiſſe die Kinder weniger vinculirt ſeyn ſollten, als bei der Erbfolge in Lehen, da doch bei beiden eine successio ex pacto et providentia majorum vorliegt und das Intereſſe der Gläubiger, welches hier in Frage kommt, überall daſſelbe bleibt. Man könnte übrigens verſucht ſeyn, aus der Stelle des Erbgeſ. §. 111. die Folge zu ziehen, daß Kinder in keinem Fall die Dispoſition des Vaters anzufechten berechtigt ſeyen, weil eine ſolche Dispoſition als Verzicht auf die Succeſſion in das Fideicommiß anzuſehen ſey, und Verzicht dieſer Art auch die Descendenten binden ſolle. Dies wäre aber unrichtig, da das Geſetz nur von der Allodialerbfolge und von der successio universalis in eine Erbſchaft oder eine Erbportion handelt.

h) Vgl. J. J. Beck. de licita majorat. et fideic. fam. alienat. Altorf. 1735. Berger. Oec. II. 4. 32. not. 11. Wernher. P. VI. obs. 484. VII. 199. Sieber §. 15. Richter diss. 1. VII. 7. A. Fr. S. Green. de alienat. fideic. familiae ob damnum fatale inprimis belli. L. 1762. — Aus dem bisher Geſagten ergiebt ſich übrigens im Ganzen leicht, welche Rechte dem jedesmaligen Percipienten des Fideicommiſſes zuſtehen. Offenbar nämlich bleibt ihm ein Benutzungsrecht, während die Proprietätsrechte in dem Intereſſe der übrigen Adſpiranten beſchränkt erſcheinen. Ob man unter dieſen Verhältniſſen jenem Eigenthum, dieſen ein Miteigenthum zuſchreiben dürfe oder nicht? ſcheint mehr auf einen Streit um Worte hinzuführen als die Sache ſelbſt zu betreffen; vgl. darüber Oettingen III. 17. Böhmer Rechtsf. II. 119. III. 217. Pfeiffer §. 4. 19. Richter diss. I. IV. §. 1. 17. sq. Steinacker I. §. 4. Eine cautio, wie ſie der usufructuarius oder bei dem röm. fideicommissum familiae der fiduciarius zu präſtiren hat, findet hier keineswegs Statt; obwohl

mehrere ältere Rechtslehrer, wie namentlich Knipſchild cap. 12. n. 37. v. Oettingen §. 12. Wernher p. VII. obs. 190. das Gegentheil annehmen. Ein Recht Erſtattung der Meliorationen oder des für das Fideicommiß gemachten Aufwands zu fordern, wird von den meiſten Rechtslehrern dem Beſitzer eines Familienfideicommiſſes oder deſſen Erben, wie bei Lehnen dem Vaſallen oder deſſen Erben zugeſtanden. Knipſchild l. l. c. 12. n. 71. Berger solut. fid. cap. qu. 7. Eben ſo iſt ihm dasjenige zu erſtatten, was er auf Abſtoßung von Hypothekſchulden, mit welchen das Fideicommiß rechtsbeſtändiger Weiſe belaſtet worden iſt, verwendete. Gottſchalk disc. III. 5.; vgl. auch Glück und Geiger Rechtsf. I. 6.

i) vgl. §. 805. a. not. g. Das gilt insbeſondere von Koſten, welche durch Ablöſung von Frohnen ꝛc. veranlaßt worden ſind, ohne daß dafür Erſatz von dem Ablöſungskapital gefordert werden kann; Zeitſchr. N. F. I. 8. S. 174.

k) Dies iſt wenigſtens die Anſicht von Carpzov dec. 154. n. 16. Berger. Oec. II. 4. th. 35. not. 2. Leyser. sp. 404. m. 3. Hommel obs. 236. 641.; vgl. Richter. diss. l. cap. VI. §. 4. A. M. jedoch, eigentlich bloß in Anſehung der nach römiſchem Recht zu beurtheilenden gewöhnlichen Fideicommiſſe, iſt Voorda Elect. jur. civ. c. 20. Püttmann. advers. II. 5.; vgl. auch Pütter Rechtsf. IV. 377. 378.; und J. Fl. Rivinus de recta fideic. interpr. L. 1742.

§. 810.

Ein Familienfideicommiß erliſcht wieder, I. wenn die männliche Deſcendenz des Stammvaters oder diejenige Generation, bis auf welche es nach deſſen Verordnung dauern ſollte, erloſchen iſt; welchenfalls nach Abgang des letzten männlichen Deſcendenten, ſofern dieſer nicht, wie ihm zu thun frei ſteht, über das Fideicommißgut auf den Todesfall verfügt hat, die gemeine Inteſtaterbfolge wiederum eintritt a).

a) J. U. v. Cramer von zu beobachtender Ordnung, bei der weiblichen Erbfolge in Familienfideicommiſſen nach erloſchenem Mannsſtamme; in den Wetzlarſchen Nebenſt. Th. 99. S. 1. Ebendaſ. Opusc. T. IV. n. 22. Pütter Rechtsf. I. 104. IV. 377. 378. Glück u. Geiger Rechtsf. I. 5. Pfeiffer Auff. S. 15. 16.

§. 811.

II. Wenn das Fideicommiß mit Einwilligung der ſämmtlichen Intereſſenten wiederum aufgehoben wird a), welches

jedoch nur unter folgenden Bedingungen und Einſchränkungen zuläſſig iſt: 1) daß, ſo lange vom Stifter des Fideicommiſſes noch Kinder und Kindeskinder, oder, wenn ſonſt Jemand mit einem ſolchen Fideicommiſſe beſchwert worden, Verwandte von demſelben im erſten und andern Grade vorhanden ſind, gar keine Veränderung damit vorgenommen werden darf [a]); 2) daß hingegen, wenn dergleichen nahe Verwandte nicht mehr vorhanden ſind, die Aufhebung und Veräußerung des Fideicommiſſes, ſofern erhebliche Urſachen hierzu eintreten [b]), gültiger Weiſe geſchehen kann; 3) daß aber ſolchenfalls die Aufhebung des Fideicommiſſes andergeſtalt nicht, als mit Einwilligung der ſämmtlichen Intereſſenten geſchehen darf, wobei auf den Fall, daß einige derſelben unmündig ſind, dasjenige zu beobachten, was ſonſt bei der Veräußerung der den Unmündigen zuſtehenden Güter erforderlich iſt [c]); 4) daß dieſelbe gerichtlich, und zwar vor denjenigen Gerichten geſchehe, vor welchen das Fideicommiß beſtätigt worden.

a) Deciſ. 10. v. J. 1746., welche auch von Aufhebung der Primogenitur des Majorats und Seniorats handelt. C. L. Stieglitz D. de fideicommissis familiae consensu eorum, quorum interest, sublatis, ad dec. El. Sax. X. Lips. 1752. H. G. Bauers Erl. d. Deciſ. S. 103. flgg.; ingl. deſſen §. 809. not. g. angef. diss. §. 10. sq. Steinacker diss. 1. cap. 3. Ueber das gem. Recht vgl. Wernher p. IV. obs. 135. VII. 256. En. II. 306. Brockes obs. 85. Richter diss. p. VII. 3. Müller. ad L. obs. 630. ſ. auch §. 809. not. g. Streitig iſt hier, ob die Diſpoſition der N. 159. in Anwendung komme, und ob ein Vertrag unter den lebenden Adſpiranten auch den Deſcendenten derſelben, welche nicht die Erben ihrer Eltern geworden ſind, und den Nachgebornen präjudicire? Man ſehe über die verſchiedenen Meinungen Müller l. l. und was beſonders die letzte Frage betrifft, Weſtphal von der Wirkung eines Erbverzichts, in Rückſicht auf die Nachkommen. Halle 1778. Dieſer nimmt hier, ſo wie in dem deutſchen und reichsſt. Privatrecht II. 57. §. 21. 22. mit Böhmer Rechtsf. II. 106. Mittermaier §. 142. Eichhorn §. 371. (vgl. auch Gönner Rechtsf. und Ausarb. Landshut 1801. I. 15.) an, daß den Nachgebornen nicht präjudicirt werden könne, wenn nicht zu dem Aufhebungsvertrag Conſens der Obrigkeit oder des Landesherrn hinzugekommen iſt. Andre, wie Knipschild cap. 1. n. 149. sqq. Cramer. opusc. IV. 2. Stryck. de jure suc-

ceſſoris in revocandis bonis familiae. Hal. 1708. in deſſen disp. Hal. II. n. 28. Wernher l. l. Berger Oec. II. 4. 32. not. g. J. F. Hertel de alienat. fid. familiae vel omnibus de familia consentientibus illicita. Jen. 1737. und Müller ſelbſt; ingl. Pfeiffer Auff. §. 11. (vgl. auch Steinacker III. 7.) leugnen, daß den Nachgebornen auf irgend eine Weiſe präjudicirt werden könne. Nach Andern, wie Beck in diss. §. 809. not. n. laud. II. 17. Green in der angef. diss. de alienat. fid. fam. ob damnum fatale §. 5. Sieber diss. l. §. 24. Hellfeld in der §. 809. not. g. angef. diss. §. 53. Bauer Comm. z. dec. 10. §. 9. 10. Mellmann diss. l. §. 14. ſind die Nachkommen an die Vereinigung der Paciſcenten allerdings gebunden; gegen dieſe Anſicht ſ. beſonders Weſtphal P. R. §. 22. Müller l. l. Es giebt nun auch noch vermittelnde Anſichten, von denen Einige die Verpflichtung der Nachkommen davon abhängig machen, ob ſie Erben der Vorfahren geworden ſind, J. C. Harpprecht. de transact. super fid. inter personas ad ea vocatas. §. 38. sq. u. deſſ. diss. de tacita fid. remiss. per divisionem, §. 29. in Vol. diss. n. 54. 55. Bauer diss. l. §. 10. Eichhorn a. a. O. Steinacker l. l. p. 21., oder aus deren Nachlaß Entſchädigung für das aufgegebene Fideicommiß erhalten haben. Struben r. Bed. I. 27. IV. 76. (341. 342. ed. 2.). Die Nachgebornen dadurch binden zu wollen, daß man ſie bei den Verhandlungen über das Fideicommiß durch einen curator vertreten ließe, vgl. Kapf Civil. Rechtsf. der Würtemb. Gerichtshöfe. Tübingen 1811. n. 1., würde zwecklos ſeyn; vgl. Steinacker diss. l. III. 2. p. 9. Bei dieſen verſchiedenen Anſichten erſcheint ſoviel gewiß, daß 1) wie Steinacker p. 21. gezeigt hat, die Vertheidiger der Rechte der Nachgebornen mit den Beſtimmungen der l. 120. §. 1. D. de leg. 1. l. 11. C. de fid., die nicht einmal von fideicommissis familiae relictis ſprechen, nicht aus dem Felde geſchlagen werden können; hingegen 2) die Nachgebornen, welche Erben derjenigen geworden ſind, mit deren Zuſtimmung das Fideicommiß aufgehoben worden iſt, kein Recht haben, die Aufhebung anzufechten; vgl. beſonders Eichhorn a. a. O.; 3) die N. 159., wenn ſie auch nicht alle praktiſche Anwendbarkeit verloren haben ſollte, dennoch keinesweges die Verordnung, daß ein Familienfideicommiß mit der vierten Generation des Stifters aufhöre, als allgemeine Regel aufſtellt; vgl. die §. 807. not. a. angef. Ausleger der N. und außerdem Struv. syntagm. XXXVI. th. 20. n. 3. Stryck. succ. ab intest. VII. 3. §. 38. sqq. Green diss. l. §. 4. A. M. waren nach Berger Oec. II. 4. 32. 9. die Wittenberger Dicaſterien. Der Streit iſt übrigens leider auch für Sachſen nicht ganz gleichgültig; denn die Verordnung der dec. 10. beziehet ſich nicht auf die vor der decis. errichteten Fideicommiſſe, wie die Schlußworte der decis. zeigen.

Auch iſt dieſelbe, nach Steinacker III. §. 2. 1., auf fideicommissa non confirmata nicht zu erſtrecken.

aa) Die Anfangsworte der decis. 10. ſind dunkel, weil nach den Worten: die ſonſt; einige Worte, etwa: dem welcher, ausgefallen zu ſeyn ſcheinen. Ein nicht eben glücklicher Verſuch, dieſe Dunkelheit aufzuklären, ward in dem Reſcr. v. 21. Jul. 1813. C. A. C. III. 1. p. 276. gemacht. Eine andre Erklärung erfolgte durch ein Decret v. 21. Jul. 1820. G.S. n. 26. Nach dieſem Geſetz ſoll es zwar bei den bereits erfolgten Entſcheidungen bewenden; dagegen wird für künftige Fälle eine Beſtimmung ertheilt, welche eigentlich der Deciſ. fern geweſen zu ſeyn ſcheint. Es ſoll nämlich unterſchieden werden, ob das Fideicommiß für Deſcendenten des Stifters oder für andre Verwandten angeordnet worden iſt. In dem erſtern Fall tritt die Möglichkeit der Aufhebung des Fideicommiſſes erſt ein, wenn weder Kinder noch Kindeskinder des Stifters am Leben ſich befinden. In dem zweiten Fall kann das Fideicommiß ſchon dann aufgehoben werden, wenn weder der damit belaſtete Fiduciar, noch deſſen Kinder am Leben ſich befinden; vgl. Steinacker III. §. 4. Auch dieſe Beſtimmung giebt noch manchem Zweifel Raum; denn ſie läßt bei der Beſtimmung für den Fall, wenn das Fideicommiß für andre Verwandte geſtiftet worden iſt, unentſchieden, ob darunter bloß ein dem Verwandten und deſſen Deſcendenz beſchiedenes Fideicommiß zu verſtehen ſey oder nicht. Den Fall, wenn für einen Extraneus und deſſen Deſcendenten ein Fideicommiß angeordnet worden iſt, berührt weder das Decret noch die Deciſion. Soll nun auf dieſen Fall die Deciſion oder das gemeine Recht angewendet werden? Nach Steinacker l. l. p. 13. würde das gemeine Recht eintreten.

b) Für eine erhebliche Urſache iſt aber nicht nur dringende Nothwendigkeit zu achten, ſondern auch, wenn durch die Veräußerung ein beträchtlicher Vortheil zu erlangen ſteht. Stieglitz diss. l. §. 8. J. J. Beck. in diss. §. 109. not. h. laud. cap. 2. Bauer a. a. O. §. 14. Steinacker III. §. 5. Weſſen Vortheil aber iſt es, der hier in Betracht kommen könnte? Doch wohl nur deren, welche ein Anrecht auf das Fideicommiß haben.

c) Folglich kann die Einwilligung der Unmündigen in die Aufhebung des Fideicommiſſes anders nicht, als mit Zuziehung des Vormundes und Genehmigung des Richters, welcher auch vorher die Urſachen der Veräußerung zu unterſuchen hat, geſchehen. Vormundſch.-Ordn. Cap. 16. §. 4.; vgl. Pütter Rechtsf. III. 253. Pfeiffer Aufſätze 1. §. 12. 13. Steinacker III. 5.

§. 812.

Dafern nun die Aufhebung des Fideicommiſſes in der gedachten Maaße bewerkſtelligt worden, ſo können die nach-

her gebornen Kinder dieſelbe in keinem Falle anfechten [a]). Hingegen in Anſehung der zur Zeit der Veräußerung ſchon vorhandenen Kinder unterſcheide man, ob das Fideicommiß erſt nach dem Jahre 1746, oder ob es in frühern Zeiten geſtiftet worden. Iſt jenes der Fall, ſo werden die Kinder durch die Einwilligung der Eltern ebenfalls verbindlich, und können hernachmals die erfolgte Caſſation des Fideicommiſſes nicht anfechten [b]). Im letztern Falle hingegen werden die Kinder durch die bloße Einwilligung der Eltern nicht verbindlich [c]), ſondern können, ſoweit ſie nicht deren Erben geworden ſind, die Veräußerung oder Aufhebung des Fideicommiſſes anfechten, dafern ſie nicht, wenn ſie majorenn ſind, in eigner Perſon, und wenn ſie noch minderjährig ſind, durch beſonders hierzu beſtellte Vormünder ihre Einwilligung ertheilt haben [d]).

a) Bauer a. a. O. §. 10.

b) Angez. Deciſ. 10. v. J. 1746. Doch bemerkt Bauer in der Erläuterung der Deciſ. §. 11., daß ſolches auf den Fall einzuſchränken, wenn zwiſchen Eltern und Kindern ein gleiches, nicht aber ſtatt finde, wenn ein verſchiedenes Intereſſe vorwaltet. So würden zwar die Kinder eines entfernten Agnaten durch des Vaters Einwilligung verbindlich, nicht aber die Kinder des zeitigen Beſitzers des Fideicommiſſes, indem ſie die nächſte Hoffnung zur Succeſſion, mithin ein von ihrem Vater ganz verſchiedenes Intereſſe haben. Folglich würde in dieſem Falle die Einwilligung der Söhne ſelbſt, oder, dafern ſie noch minderjährig ſind, beſonders hierzu zu beſtellender Vormünder nöthig ſeyn. Arg. Deciſ. 14. v. J. 1746., man vergl. aber was gegen dieſe Unterſcheidung erinnert wird von Steinacker III. §. 6.

c) Arg. Deciſ. 10. v. J. 1746. Bauer a. a. O. §. 12. Nach der Meinung des genannten Rechtslehrers beziehen ſich die Schlußworte der decis.: Jedoch iſt dasjenige ꝛc., bloß auf die Beſtimmung über die Rechte der nachgebornen Kinder. Daß aber dieſelben vielmehr auf den ganzen Inhalt der Deciſion zu beziehen ſeyen, zeigt Steinacker III. §. 7. Aus dem bisher Geſagten folgt, daß wenigſtens nach ſächſ. Recht eine Aufhebung der Familienfideicommiſſe durch Nichtgebrauch oder Verjährung, wie ſie nach gem. Recht in gewiſſer Maaße Knipſchild XVI. §. 86. Cramer obs. jur. I. 351. annehmen, nicht Statt hat.

d) Bauer a. a. O. §. 10. junct. §. 12.; vgl. 809. not. g.

Neuntes Capitel.

Von Codicillen.

§. 813.

Ein Codicill a) nennt man eine letzte Willensverordnung, welche keine unmittelbare Erbeinſetzung, ſondern irgend eine andere Anordnung des Erblaſſers enthält. Ein Codicill kann ein Jeder machen, welcher ein Teſtament zu errichten fähig iſt b).

a) Unter einer Menge Schriften über Codicille heben wir aus O. P. Zepper. tr. de cod. et clausula cod. Jen. 1653. abgedruckt in A. Fritſch diss. select. n. 4.; und vermehrt herausg. Bremen 1659. B. L. Schwendendörfer de codicillis. L. 1640. G. Wernsdorf pr. Paulli de jure codicillor. Viteb. 1769. M. G. Wernher. de test. et codicillis privat. etc., et de generibus cod. Norimb. 1780. G. L. Böhmer Pr. de quatuor modis conficiendi codicillos; in El. jur. civ. T. I. n. 8. Dieſe Abhandlung beſchäftigt ſich hauptſächlich mit Erklärung der l. 8. pr. D. de jure cod. Em. Dunius de veteri ac novo jure codicillorum. Rom. 1752. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen — ingleichen von Codicillen (Leipz. 1791.) Th. 2. Cap. 19.; vgl. auch deſſen Rechtsgutachten n. 59., woſelbſt man eine ziemlich ausführliche Abhandlung über Codicille findet. Roßhirt von Vermächtniſſen I. 1.

b) l. 6. §. pen. l. 8. §. 2. D. de jure codicill. Anwendung dieſes Satzes l. 2. §. 3. l. 5. 7. pr. l. 8. §. 3. D. de jure cod. Eine Beſchränkung in Anſehung des filiusfamilias enthält l. 1. §. 1. D. de leg. 3.

§. 814.

Da ein Codicill keine Erbeinſetzung enthält, ſondern vielmehr ſchon einen Erben vorausſetzt, an welchen daſſelbe gerichtet iſt, ſo unterſcheide man, ob der Erblaſſer ſich mittelſt eines Teſtaments einen Erben ernannt hat, oder ob er die Inteſtaterbfolge eintreten laſſen will *). I. In dem erſtern Falle iſt das Codicill (welches man codicillos testamentarios nennt) bloß für den Teſtamentserben verbindlich. Iſt daher das Teſtament ungültig, ſo iſt auch das Codicill ohne Wirkung, und für die Inteſtaterben, welche an die

Stelle des Teſtamentserben treten, von keiner Verbindlichkeit; auch kommt nichts darauf an, ob der Erblaſſer ſich im Teſtamente auf das Codicill bezogen und daſſelbe beſtätigt hat, oder nicht [a]). II. In dem andern Falle hingegen, wenn das Codicill an die Inteſtaterben gerichtet iſt (codicilli ab intestato), beſteht daſſelbe für ſich, und behält auch ſeine Wirkung, wenn gleich der nächſte Inteſtaterbe die Erbſchaft ausſchlägt, und dieſelbe auf einen entferntern Erben kommt [b]).

a) §. 1. I. de cod. l. 8. pr. D. de jure cod. Der Hauptunterſchied zwiſchen codicillis a testato und ab intestato wird darein geſetzt, daß erſtere von dem Teſtament abhängen, letztere dagegen als ſelbſtſtändiger letzter Wille zu betrachten ſind; l. 16. D. de jure cod. Roßhirt §. 4. Die Folge dieſes Satzes iſt das, was in dem §. geſagt wird. Daß, was in codicillis testam. enthalten iſt, als in dem Teſtament ſelbſt enthalten anzuſehen ſey, ſ. l. 2. §. 2. D. de jure cod. Eine Beſchränkung dieſes Satzes ſ. l. 4. l. 7. §. 1. ib.; vgl. Merill. obs. II. 39. Markart prob. recept. lect. I. p. 124. Best. de rat. emend. legg. c. 25. Roßhirt §. 3. p. 10. — Daß die codicilli testamentarii mit dem Teſtament ſtehen und fallen, zeigt l. 12. D. de injust. rupt. irr. test. l. 8. §. 3. D. l. 1. C. de cod., namentlich für den Fall des test. ruptum. Ueber test. destitutum, l. 3. §. ult. l. 14. pr. ib. Durch die N. 1. c. 1., welche nicht von dem test. destitutum ſpricht, iſt hierin nichts geändert; vgl. Francke Beitr. zur Erläut. verſch. Rechtsmat. I. 6. §. 6. 7. und oben §. 793. not. y. In dem letztern Fall möchte jedoch etwas Anderes in Sachſen nach §. 5. 6. des Erbgeſ. anzunehmen ſeyn; vgl. §. 727. not. b. Wiewohl die Anſicht von Kriegel dis. l. §. 38. S. 92., nach welchem durch das Erbgeſ. die Abhängigkeit der cod. testamentarii von dem Teſtament ganz aufgehoben worden ſeyn ſoll, im Allgemeinen ſchwerlich zu vertheidigen ſeyn dürfte; denn d. §. 5. ſpricht nur von einem wegfallenden Erben, an deſſen Stelle die Inteſtaterben treten, und von gültigen Verfügungen, welche letztere zu erfüllen haben. Jenes ſcheint auf den Fall des testam. destitutum hinzuweiſen; und was dieſes betrifft, ſo iſt eben die Frage, ob nach Wegfall des Teſtaments das in ſelbigem beſtätigte Codicill als eine gültige Dispoſition anzuſehen ſey. Was das test. inofficiosum betrifft, ſo kommt hier die Verordnung der N. 115. c. 3. in Anwendung. Breuning. an rescisso test. per querel. inoff. corruant codicilli testati. L. 1772. Francke a. a. O. §. 6. S. 140. Wichtig iſt übrigens bei codicillis testam. der Unterſchied, ob ſie in dem Teſtament beſtätigt ſind, oder nicht. Sind die codicilli vor dem Teſtament

errichtet, ſo muß feſtſtehen, daß ſie durch das Teſtament nicht abgeändert worden ſeyen; dies wird angenommen, wenn in dem Teſtament auf das Codicill Bezug genommen wird, ſ. l. 5. D. de cod., vgl. mit §. 1. I. de cod. l. 3. §. 2. ib. l. 6. D. de cod. und über den ſcheinbaren Widerſpruch zwiſchen den beiden erſtern Stellen A. Faber conject. XV. 13. Roßhirt §. 3. Inzwiſchen iſt gleichwohl die Beſtätigung vorhergegangener Codicille in dem Teſtament nur Cautel, nicht Sache der Nothwendigkeit; vgl. Roßhirt a. a. O. Schweppe §. 890. Bolley Betracht. über verſchied. Rechtsmat. Stuttgart 1800. n. 11. S. 367. Was die nach dem Teſtament errichteten Codicille betrifft, ſo kann zwar der Teſtirer die Errichtung ſolcher Codicille ſich vorbehalten; l. 8. §. 6. D. de jure cod. Allein zur Gültigkeit der ſpäter errichteten Codicille iſt dies keinesweges erforderlich. Von den eigentlichen codicillis testamentariis bleiben jedoch die ſogenannten schedulae testamentariae, welche in dem Teſtament erwähnt werden und das Teſtament zu einem ſogen. mysticum machen (vgl. §. 674. not. f. §. 667. not. b.), weſentlich verſchieden; ſ. Klein Rechtsſpr. der Hall. Jur.-Fac. IV. 17. Thon Rechtsf. Ilmenau 1827. n. 5.; vgl. J. W. II. 59. IV. 70. Ueber Inteſtatcodicille und deren Verhältniß zu dem ſogenannten test. posterius imperfectum vgl. §. 729. n. 4. Roßhirt §. 7. Daß ſie in Gegenwart des Erben errichtet werden müſſen, iſt nicht nöthig, l. 4. C. de cod.

a) l. 3. §. ult. l. 16. D. de jure codicill.; vgl. §. 793. not.

b) d. l. 16. D. l. 3. pr. l. 8. §. 1. D. de jure cod. l. 77. §. 26. D. de leg. 2. l. 1. §. 9. D. de leg. 3.; vgl. §. 793. not. aa.

§. 815.

In Abſicht auf den Gegenſtand oder Inhalt eines Codicills unterſcheidet ſich daſſelbe von einem Teſtamente vorzüglich dadurch, daß Erſteres weder eine Erbeinſetzung, noch eine Enterbung, noch eine Subſtitution [a]) enthalten, noch auch darin dem im Teſtamente unbedingt eingeſetzten Erben eine Bedingung vorgeſchrieben [b]), oder gar die Erbſchaft wieder entzogen werden darf [c]); wohl aber können in einem Codicille Vermächtniſſe und Fideicommiſſe hinterlaſſen, Vormünder ernannt, Teſtamentsexecutoren angegeben werden ꝛc.

a) l. 2. 7. C. de cod. Dies gilt ſelbſt von codicillis testamento confirmatis, von welchen es heißt, daß ſie partem testamenti bilden; vgl. Weſtphal Abh. von der Rechtskraft der Cod., welche in einem daneben vorhandenen Teſtam. beſtätigt ſind. Halle 1778.

§. 19. ff. Doch wird nach l. 76. D. ad SCt. Trebell. eine Subſtitution in vim fideicommissi erhalten. Eben dies gilt nach Beſchaffenheit der Umſtände von der institutio, l. 37. §. 2. D. de leg. 3. l. 2. §. 4. l. 13. §. 1. D. de jure cod. Das Codicill eines Soldaten iſt auch in dieſer Hinſicht privilegirt, l. 17. §. 4. l. 36. pr. D. de test. mil. Kommen Dispoſitionen vor, welche auf Erbeinſetzung ſich beziehen, ſo kann Zweifel entſtehen, ob ein Teſtament oder ein Codicill vorliege; vgl. d. l. 13. §. 1. l. 8. §. 1. C. de cod. Cramer. obs. sel. un. V. III. 848.; vgl. §. 814. not. *.

b) §. 2. I. de codicill. l. 6. pr. D. de jure cod.

c) ibid. Doch ſteht es dem Erblaſſer frei, im Codicille zu erklären, daß ſich ſein Teſtamentserbe der Erbſchaft unwürdig gemacht habe, l. 4. C. de his, quae ut ind.; vgl. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1429. S. 322. ff. J. W. IV. 70.

§. 816.

Was die Form der Codicille betrifft*), ſo werden ſie entweder gerichtlich oder außergerichtlich, in beiden Fällen entweder ſchriftlich oder mündlich errichtet. Gerichtliche Codicille bedürfen keiner andern Solennitäten, als welche bei gerichtlichen Teſtamenten erforderlich ſind[a]). Außergerichtliche Codicille hingegen, ſie mögen ſchriftlich oder mündlich errichtet werden, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zuziehung von fünf Zeugen[aa]), welche ſich zu einer und derſelben Zeit beiſammen finden, und wenn es ein ſchriftliches Codicill iſt, daſſelbe unterſchreiben müſſen[b]). Hingegen iſt die Unterſiegelung der Zeugen nicht nothwendig[c]); auch kommt darauf nichts an, ob die Zeugen zur Errichtung des Codicills beſonders eingeladen worden, oder ſich nur von ungefähr beiſammen finden[d]), und ſelbſt Weibsperſonen können hierbei gültiger Weiſe Zeugen ſeyn[e]); diejenigen Perſonen aber, welchen im Codicille Legate oder Fideicommiſſe hinterlaſſen werden, ſind dabei ungültige Zeugen[f]). Uebrigens bedarf es nicht einmal der Zuziehung von fünf Zeugen 1) in den Fällen, in welchen dieſelbe zur Errichtung eines Teſtaments nicht erforderlich iſt, z. B. wenn Soldaten im Felde, Eltern unter ihren Kindern 2c. ein Codicill errichten[g]); 2) wenn der Teſtirer ſich in einem ſchriftlichen Teſtamente auf das Codicill bezieht, und daſſelbe ausdrücklich beſtätigt[h]). (S. oben §. 674. n. 4.)

*) Vgl. Danz über die äußere Form der Codicille; in Linde's Zeitſchr. IX. 8. Die hier ausgeführte Idee iſt, daß mit Ausnahme der Beſchränkung der Zahl der Zeugen und der Nothwendigkeit der Unterſiegelung von Seiten derſelben, bei ſchriftlichen Codicillen, die Förmlichkeiten der Codicille dieſelben ſeyen, wie bei Teſtamenten.

a) l. 19. C. de testam. Carpzov P. III. c. 4. d. 32. 35.

aa) l. ult. §. 3. C. de cod., welche jedoch ohne den d. §. 3. zu leſenden Satz in l. 7. C. Th. de test. ſich findet; vgl. über dieſe Geſetze die Commentatoren zu dem cod. Theodos. J. Gothofred. und Wenk. Chr. Rau de solemnitate cod. L. 1804. Roßhirt §. 5. Danz §. 1. Die Hauptfrage iſt: ſind die Zeugen, welche nach dem Geſetz in omni ult. voluntate praeter testamentum zu adhibiren ſind, des Beweiſes oder der Form halber zuzuziehen? Daß man aus der Zahl der Zeugen nicht gerade mit Sicherheit ſchließen kann, es ſeyen dieſelben lediglich des Beweiſes halber zuzuziehen, ſ. Glück de test. privati solemnis probat. §. 2. in opusc. I. n. 1.; auch läßt ſich nicht leugnen, daß in Anſehung der hier vorkommenden Zeugen manche bei den Teſtamentszeugen erforderliche Förmlichkeit erlaſſen iſt. Dennoch ſind die meiſten Rechtslehrer der Anſicht, daß hier von Solennitätszeugen die Rede ſey; vgl. Berger Oec. II. 4. 36. not. 7. Reinold. var. jur. civ. cap. 7. beſ. Spangenberg in der not. e. angef. diss. Roßhirt §. 5. S. 21. Danz §. 3. A. M. ſind Müller. ad L. obs. 590. Bolley a. a. O. S. 362. Galvan. de usufr. X. 13.; vgl. Kori Erört. III. 22., nach welchem das Ober-App.-Gericht annimmt, daß zwar Frauen Zeugen bei einem Codicill ſeyn können, nicht aber ſolche Perſonen, denen oder deren Ehegatten in dem Codicill etwas beſchieden worden iſt.

b) l. 8. §. 3. C. de codicill. Notariatsordn. Tit. von Teſtam. §. 2. Stryck caut. test. XXIII. 12. Roßhirt §. 5. S. 33. Wenn hingegen ein Blinder ein außergerichtliches Codicill macht, ſo iſt die Zuziehung von acht Zeugen ebenfalls nothwendig, l. 8. C. qui test. fac. poss. *verb.* quae in eumdem modum erunt observanda, etc. Notariatsordn. a. a. O. §. 11. Carpzov p. III. c. 6. def. 5. v. Löhr im Arch. II. 14. n. 1. Roßhirt §. 9. p. 65. Glück XXXIV. §. 1406. p. 39. A. M. iſt Stryck caut. test. IV. 14. Böhmer in der not. g. angef. diss. I. 35. Overbeck Med. I. 5. Daß subsignatio testium nicht nöthig ſey, Stryck caut. test. XXIII. 6. Roßhirt a. a. O. p. 20. 33. Ob das ſchriftliche Codicill auch von dem Teſtirer unterſchrieben werden müſſe? iſt ſtreitig, l. 6. §. 2. D. de cod. liefert freilich keinen Beweis für die eine oder die andere Anſicht, und l. ult. C. erwähnt darüber nichts. Dennoch behauptet dies Marezoll in Grolmann Magazin IV. 11. n. 1. A. M. iſt Roßhirt §. 5.

S. 28. Mühlenbruch doctr. pand. §. 685. n. 8.; vgl. gegen die Anſichten von Roßhirt, Danz a. a. O. §. 5.

c) Arg. d. l. ult. §. 3. C. de codicill.

d) ibid.; vgl. jedoch Roßhirt §. 5. S. 30. Danz §. 3. Ueber unitas actus daſ. §. 4.

e) Arg. l. 20. §. 6. D. qui test. fac. poss. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 36. Leyſer Sp. 378. coroll. 1. Müller. ad L. obs. 590. Faber. err. pr. LXVIII. err. 9. Stryck caut. test. XXIII. 7. Carpzov p. III. c. 4. def. 36. und II. decis. 152. Jenichen. de efficaci mulierum testimon. in codicill. L. 1737. in Leyser. med. XI. p. 75. C. H. Breuning. vindiciae testimonii feminar. in codicillis. L. 1777. A. M. ſind Reinold. Varior. cap. 5. F. T. Richter. de test. mulier. in cod. jure civ. invalid. L. 1748. Spangenberg. de muliere ob test. solennitatem testimon. ferendi in codicillis experte. Goett. 1770., welchen Müller l. l. zu widerlegen verſucht hat; vgl. not. aa. a. E.

f) Hommel Obs. 211. voc. Legatarius. Stryck caut. test. XXIII. 9. us. mod. XXIX. 7. Der entgegengeſetzten Meinung ſind Carpzov Decis. 152. und Leyſer Sp. 378. m. 1. Müller. ad L. obs. 689. Overbeck IV. Med. 262. Mühlenbruch §. 659. not. 10. Roßhirt a. a. O. p. 21. not. 3., welcher nur den Fall für bedenklich hält, wenn nur ſolche Zeugen adhibirt worden ſind, welche das Codicill mit Vermächtniſſen bedacht hat.

g) ſ. oben Cap. 6. L. Mencken de codicillis parent. inter liberos ex privilegio conditis. L. 1701. in Coll. diss. n. 19. F. A. Künhold. an sanctio, quae N. 107. continetur, ad codicillos etiam parentum inter liberos applicari possit. L. 1731.

h) l. 2. §. 2. D. de jure codicill. Wenn alſo der Teſtirer ausdrücklich in ſeinem Teſtamente erklärt, daß er ſich die nähere Beſtimmung ſeines letzten Willens in einer beſondern Schrift vorbehalte, ſo iſt dieſelbe, auch wenn ſie ohne Beobachtung einiger Solennitäten niedergeſchrieben worden, allerdings gültig. Hätte der Erblaſſer aber mündlich teſtirt, ſo würde ſolches unzuläſſig ſeyn. J. H. Böhmer D. de codicillis absque testibus validis; in Exercitt. ad P. T. V. p. 107. G. L. Böhmer Praef. ad T. V. Exerc. ad P. Bolley a. a. O. S. 363. Kind. I. qu. 41. A. M., und daß zu jedem Codicill fünf Zeugen erforderlich ſeyen, iſt der §. 813. not. a. angef. Dunius; v. Nettelbladt Rechtsſpr. des Oberapp.-Ger. zu Parchim. IV. 69. n. 2.; vgl. über dieſen Streit Roßhirt a. a. O. §. 5. S. 22., welcher dem letztern beipflichtet; vgl. auch Weſtphal in der §. 815. not. a. angef. Abh. §. 18. ff. Pufendorf animadvers. n. 86. Die ſächſ. Dicaſterien haben, ſoviel ich weiß, immer der erſtern Meinung beigepflichtet; vgl. J. W. II. 59. IV. 70. Zeitſchr. N. F. III. 18. S. 284.; V. x.

§. 817.

Obwohl übrigens ein Codicill auf eben die Weiſe, wie ein Teſtament, vom Erblaſſer wieder aufgehoben werden kann [a]), ſo iſt doch die bloße Errichtung eines ſpätern Teſtaments oder Codicills keineswegs für eine Aufhebung eines früher errichteten Codicills zu achten, dafern nicht die darin enthaltenen Verordnungen mit jenen im Widerſpruche ſtehen [b]).

a) Eben ſo ſind hier auch die Gründe zu beachten, aus welchen Vermächtniſſe ungültig werden, l. 2. §. 2. l. 6. §. 4. l. 8. §. 2. D. de jure cod.; vgl. §. 793. Ueber Revocation Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1429. S. 320. §. 1430. S. 467.

b) §. 3. I. de codicill. l. 6. §. 1. D. l. 3. C. eod. Bei mehrern der Zeit nach verſchiedenen gilt novissima scriptura, vgl. §. 793. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1428. S. 175.

§. 818.

Von der Codicillarclauſel.

Da zur Gültigkeit eines Teſtaments bei weitem mehrere Solennitäten erforderlich ſind, als zu einem Codicill, ſo pflegt man gewöhnlich einem Teſtamente die Clauſel beizufügen, daß daſſelbe, wenn es nicht, als ein Teſtament, zu Recht beſtehen könne, doch als ein Codicill gelten ſolle [a]). Dieſe Clauſel iſt aber nur dann von Wirkung, wenn ſie 1) dem Teſtamente wirklich beigefügt worden [b]); 2) wenn bei der Errichtung des Teſtaments wenigſtens diejenigen Solennitäten beobachtet worden, welche zur Gültigkeit eines Codicills erforderlich ſind [c]); 3) wenn der eingeſetzte Erbe nicht ſchon aus dem Teſtamente, als ſolchem, geklagt hat, widrigenfalls er hernachmals, wenn ihm wegen deſſen Ungültigkeit das Erbrecht abgeſprochen wird, keinesweges auf die Codicillarclauſel ſich beziehen, und die Erbſchaft als ein Fideicommiß verlangen kann [d]).

a) Hierher gehörige Geſetzſtellen ſind l. 1. D. de jure cod. l. 8. §. 1. C. de cod. l. 13. D. de inoff. test. l. 29. §. 1. D. de her. inst. l. 87. §. 17. D. de leg. 2. Unter den Schriften, welche dieſen Gegenſtand behandelt haben, verdienen ausgezeichnet zu werden, außer der §. 813. not. a. angef. von Zepper. S. Stryck de

cl. cod. Frcf. 1670. in deſſen Diss. Vol. I. n. 18. L. G. Lilien. de cl. cod. expressa et praeprimis subintellecta. Erff. 1738. H. Chr. Senckenberg. de cl. cod. inefficacia. Götting. 1738. C. R. Henne de vi et effectu cl. cod. test. adjectae diss. 1. II. Erff. 1773. J. G. Zoller. de effectu cl. cod. L. 1779. Tauchert. de cl. cod. Hal. 1825. Seuffert Bem. über die cl. cod., beſonders über l. 8. §. 1. C. de cod. Würzb. 1828. R. Sickel pr. Einert. de vi cl. cod. in test. nullo. L. 1829. Roßhirt a. a. O. §. 8. 9. Daß bei manchen actus inter vivos, die in mehrfacher Form, einer ſolennen und weniger ſolennen, verhandelt werden können, eine ähnliche Clauſel vorkommen könne, erinnert Leyſer sp. 378. m. 3. Wenn Müller. ad L. obs. 589. Stryck. us. mod. XXIX. 7. §. 11. anderer Meinung ſind, ſo beſtreiten ſie eigentlich bloß, daß ein actus inter vivos in ein Codicill, eine dispositio m. c. umgewandelt werden könne, wiewohl auch hier die angef. Gründe nicht eben von Erheblichkeit ſind, vorausgeſetzt, daß das negot. inter vivos der in dem §. unter 2. erwähnten Forderung entſpricht. Ueber eine mit der Cod. Cl. verſehene donatio m. c. vgl. Glück u. Geiger Rechtsf. III. 40. Daß durch die cl. cod. nicht eigentlich dem Teſtament als ſolchem nachgeholfen werde, ſondern in dem günſtigſten Fall ſtatt der teſtamentariſchen die geſetzliche Erbfolge cum onere fideicommissi eintrete, iſt die Lehre, welche in der diss. von Treiber. de cl. cod. testamento nunquam proficua. Erfford. 1717. vorgetragen wird; vgl. Berger l. l. n. 1. Kind I. 49. S. 350. Mühlenbruch Comm. XXXV. §. 1421. c. S. 365. deſſ. doct. pand. §. 686. Roßhirt §. 9. Sickel §. 5. 10.

b) l. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. Die Meinung einiger Rechtslehrer, daß die codicillariſche Clauſel einem jeden Teſtamente ſtillſchweigend beigefügt zu achten ſey, iſt grundlos; vgl. A. Faber err. pragm. XX. 5. sq. Stryck diss. I. n. 60. de caut. test. XXIII. §. 32. 33. Carpzov p. III. c. 4. def. 38. dec. 155. Richter dec. 63. Wernher p. 1. obs. 279. J. H. Böhmer consult. tom. II. p. 1. resp. 722. Canngießer dec. 24. Schorch. diss. cl. cod. praesumtam non dari. Erff. 1763. Hommel obs. 700. Sickel §. 3. Roßhirt §. 9. pag. 69. A. M. ſind beſ. wegen l. 77. §. 23. D. de leg. 2. l. 38. D. de fid. lib. c. IX. de test. in 6to. her. Huber. prael. ad Inst. II. 25. J. T. Fröhlich. de aequitate tacite subintellectae cl. cod. intest. Arg. 1728. Lilien. diss. l. §. 42., woſelbſt mehrere praejudicia. P. J. Heisler Abh. von der Wirkung der ſtillſchw. Cod.-Cl., beſonders in dem Fall, wenn der Teſtirer ſolche Perſonen, welchen er den Pflichttheil ſchuldet, übergangen. Halle 1783. §. 19. ff. Alef. de otio cl. cod. in quovis test. Heidelb. 1750. in deſſ. dies acad. n. 23. Löhlein de otio cl. cod.

Würzb. 1750., welchen J. Th. Müller. diss. de cl. cod. qua imputatum cl. cod. otium declinatur. Heidelb. 1762. zu widerlegen geſucht hat. Allein die erſtere Meinung iſt ohne Zweifel die richtigere, und ſelbſt von privilegirten Teſtamenten läßt ſich etwas Anderes nicht behaupten, obſchon Carpzov und Richter l. l., und was test. militis betrifft, Schweppe §. 932. not. 2. S. 385. Roßhirt a. a. O. p. 59. Berger Oec. II. IV. 36. 5. der entgegengeſetzten Meinung iſt; vgl. dagegen Stryck diss. l. n. 62. Sickel §. 4. Indeß würde doch eine Ausnahme in Anſehung des ſogenannten test. posterius imperfectum gelten; vgl. Schweppe a. a. O. und oben §. 729. not. f. Auch iſt, wenn von einer ſtillſchweigenden beigefügten Codicillarclauſel die Rede iſt, der Fall auszuſcheiden, wenn zwar nicht ausdrücklich geſagt worden iſt, daß eventualiter das Teſtament als Codicill beſtehen ſolle; wohl aber Aeußerungen vorliegen, aus welchen die Abſicht des Teſtirers geſchloſſen werden kann; vgl. Lilien §. 40. 41. Heisler §. 18. Dies iſt der Fall, wenn der Teſtirer geſagt haben ſollte, das Teſtament ſolle auf jede andre zu Recht beſtändige Weiſe, omni meliori modo, beſtehen. Eine ſolche Aeußerung hat unſtreitig mit der vorigen dieſelbe Wirkung; vgl. A. Faber err. pr. LXIX. err. 7. 8. Wernher l. l. Hommel obs. 380. Sickel diss. l. §. 2. Wenn ein ſchriftlich errichtetes oder zu Papier gebrachtes Teſtament vorliegt, welches der Teſtirer nicht ſelbſt verfertigt hat, ſo hat man ehedem wegen l. 1. D. de jure cod. mit Unrecht gezweifelt, ob die von dem Notar oder ſonſtigen Verfertiger des Teſtaments beigefügte Codicillarclauſel wirkſam ſey; denn der Auftrag, das Teſtament zu fertigen, und die nachher erfolgte Vollziehung muß wohl über jede diesfallſige Bedenklichkeit hinweghelfen; vgl. Stryck diss. l. n. 68. caut. test. XXIII. 35. sqq. Carpzov VI. resp. 7. Berger l. l. not. 4. Wernher p. II. obs. 414. Sonſt leidet es keinen Zweifel, daß auch bei einem test. nuncupativo cl. cod. als bloße mündliche Aeußerung vorkommen könne.

c) Folglich iſt ein Teſtament, zu deſſen Errichtung der Teſtirer unfähig war, oder gezwungen worden iſt, oder worin eine nicht erbfähige Perſon eingeſetzt worden, ganz ungültig, und erlangt auch durch die beigefügte Clauſel nicht einmal die Wirkung eines Codicills. Arg. l. 6. §. 3. D. de jure codicill. l. 67. §. f. D. ad Sct. Trebell. Berger Oec. II. IV. 35. 2. Carpzov III. 4. 39. resp. VI. 7. Hommel obs. 700. Sickel §. 7. 8. Roßhirt §. 8. p. 48. 52. Ueber den Fall, wenn ein Teſtament aus dem §. 675. angef. Grund ungültig wird, vgl. §. 677. not. d. Gottſchalk analect. cap. VI. p. 135. v. Hartitzſch Entſch. n. LXXXVII.

d) l. 8. pr. §. 1. 2. D. de codicill. Berger a. a. O. not. 6. J. W. III. 54. n. 3. Ausnahme gilt in Anſehung der Eltern und

Kinder, ingleichen der Verwandten bis zu dem vierten Grad; vgl. Thibaut civil. Abh. 9. p. 155. Roßhirt a. a. O. p. 65. Zweifel wegen der Zweckmäßigkeit dieſer Beſtimmung, die vornehmlich auf l. 14. pr. D. de ex. rei jud. gegründet werden, ſ. bei Brunnemann ad d. l. Cod.

§. 819.

Die Wirkung der Codicillarclauſel iſt, daß ein nicht zu Recht beſtändiges Teſtament nun nicht mehr als ein Teſtament, ſondern als ein bloßes Codicill betrachtet wird, mithin die Vermächtniſſe bei Kräften bleiben, und auch die Erbeinſetzung ſelbſt als ein Fideicommiß gilt [a]). Iſt alſo 1) das Teſtament wegen nicht beobachteter äußerer Solennitäten ungültig, ſo iſt der Inteſtaterbe in dem Falle, da dem Teſtamente die Codicillarclauſel beigefügt worden, als heres fiduciarius zu betrachten, mithin dem eingeſetzten Erben die Erbſchaft als ein Fideicommiß, nach Abzug des Trebellianiſchen Viertheils, auszuantworten ſchuldig [b]). 2) Gleiche Wirkung würde die Codicillarclauſel auch dann haben, wenn Eltern oder Kinder vom Teſtirer wiſſentlich übergangen, oder aus einer nicht geſetzlichen Urſache enterbt worden [c]); doch würden ſolchenfalls dieſelben außer dem Trebellianiſchen Viertheil auch den Pflichttheil abzuziehen befugt ſeyn [d]) (§. 803.). Daſſelbe gilt 3) wenn ein Teſtament durch agnatio posthumi ruptum wird, wenigſtens dann, wenn zur Zeit der Errichtung der nachher als Notherbe eintretende posthumus bereits vorhanden war [e]).

a) Berger Oec. L. II. T. IV. th. 36. n. 1.; vgl. Treiber diss. l. Roßhirt §. 9. S. 58. 61. Zoller diss. l. Hommel obs. 700. Ob der Teſtirer die Wirkung der cl. cod. auf einen Theil des Teſtaments beſchränken könne, bezweifelt Stryck diss. l. ohne Grund; denn eine ſolche Dispoſition iſt keinesweges ein Beweis für ein Schwanken in der Willensmeinung des Teſtirers. Nach gem. Recht könnte zwar dadurch gegen die Regel: nemo pro parte testatus etc., verſtoßen werden; allein auch dieſe Regel ſteht einer fideicommiſſariſchen Dispoſition nicht entgegen, und nach ſächſ. Recht verliert in Gemäßheit des Erbg. §. 2. dieſelbe alle Bedeutung. Unter denen, welche die Wirkſamkeit der cl. cod. am meiſten beſchränken, ſteht oben an Hotomann VIII. obs. 1. Eben ſo Küſtner de legat. ex test. destitut. praest. L. 1746., welcher

die Wirkſamkeit der cl. cod. bloß in dem Fall 1. des §. anerkennt; vgl. dagegen Sickel §. 5. Ueber die Wirkſamkeit der cl. cod. im Allgemeinen vergl. beſonders Zoller diss. I. Hommel obs. 700. Roßhirt §. 8. Daß in Sachſen durch das Erbgeſetz die cl. cod. ganz unnütz geworden ſey, wie Albrecht prakt. Anleit. zur Kenntniß der geſetzl. Erbfolge §. 163. meint, iſt offenbar unrichtig; vgl. Kriegel diss. I. §. 40.

b) Richter dec. 63. Struven syntagma Ex. XXXIV. §. 65. Berger a. a. O. not. 1. Heisler a. a. O. §. 3. 5. Roßhirt §. 8. p. 51. Küſtner de leg. ex test. destituto praest. §. 6. J. W. III. 71. S. 212. Von dieſem Fall ſcheint l. ult. §. 1. C. de cod. verſtanden werden zu müſſen; denn wo das test. ratione voluntatis imperfectum iſt, da hilft auch cl. cod. nichts, l. 11. §. 1. D. de leg. 3. Roßhirt §. 8. p. 47. Wäre der Erbe unter Beſchränkungen, wie conditio, modus, eingeſetzt, ſo bleiben dieſe auch für die durch cl. cod. herbeigeführte fideicommiſſariſche Succeſſion gültig; Zepper de cod. IV. 82. Stryck diss. I. §. 94. Lilien diss. I. §. 13.

c) Daß die Vermächtniſſe in dieſen Fällen, auch wenn die Codicillarclauſel nicht beigefügt worden, mithin das Teſtament auch nicht einmal als Codicill gelten kann, dennoch bei Kräften bleiben, iſt oben bemerkt worden. §. 792. Für den in dem §. aufgeführten Satz ſind Stryck diss. I. n. 79. 90—92. us. mod. XXIX. 7. §. 12. caut. test. XXIII. 37. Lilien diss. I. §. 12. Heisler in der angef. Abh. §. 6. ff. Berger Oec. II. IV. 36. 1. Wernher P. II. Obs. 414. Hofacker §. 1576. J. L. Schmidt Abhandl. I. 50. Hommel obs. 700. Sickel diss. I. §. 9. 10. Overbeck III. Med. 113. Francke Notherbenrecht, §. 33. Roßhirt §. 8. p. 48. 54.; vgl. auch die Entſcheidungsgründe des App.-Gerichts bei Kind I. 50. p. 364. Was insbeſondere übergangene und enterbte Eltern anlangt, Canngießer dec. 299. Glück u. Geiger Rechtsf. III. 44. §. 6. (Doch ſcheint Stryck diss. I. §. 87—89. den Satz mit Recht auf den Fall einer wiſſentlichen Ausſchließung zu beſchränken, obwohl Faber err. pragm. LXIX. 7. a. M. iſt; vgl. Roßhirt a. a. O. p. 56.) Da der Teſtirer durch die beigefügte Clauſel ausdrücklich erklärt, daß ſein letzter Wille bedürfenden Falls ein Codicill ſeyn ſoll, und Eltern und Kindern, da ſie den Pflichttheil abzuziehen befugt ſind, kein Unrecht geſchieht, ſo ſcheint dieſe Meinung der Rechtsanalogie allerdings gemäß zu ſeyn. Deſſen ungeachtet behaupten mehrere Rechtslehrer, daß in den gedachten Fällen die Codicillarclauſel ganz ohne Wirkung ſey. S. Carpzov P. III. c. 9. d. 12. resp. VI. 7. et 113. Berlich P. III. concl. 15. n. 59. Struben Th. I. Bed. 87. (313. ed. 2.) Zoller diss. I. §. 4. sqq. und a. bei Sickel p. 31. not. q. angeführt. Auch Mühlenbruch zweifelt

wenigſtens, vgl. deſſen Comm. XXXV. §. 1421. c. S. 364. XXXVII. §. 1425. c. S. 368. doctr. pand. §. 686.

d) Heisler in der angef. Abh. §. 17.; vgl. oben §. 803.

e) Auch hier giebt es ſehr verſchiedene Anſichten. Unbedingt geſtehen der cl. cod. Wirkung zu: Struv. syntagm. jur. XXXIV. 65. Pufendorf animadv. 79. Zoller diss. l. §. 7.; vgl. auch die responsa der Juriſten-Fac. zu Leipzig und Jena bei Puton. V. 214. VII. 331. Bauer resp. 154. L. 1804. Eben ſo unbedingt verneinen dies Hotomann VIII. obs. 1. Linck consil. et respons. Altorfin. n. 40. Die meiſten ſchlagen einen Mittelweg ein und nehmen die cl. cod. für wirkſam an, wenn der Teſtirer um das Vorhandenſeyn des posthumus gewußt hat. Hommel obs. 700. Helfeld de effectu cl. cod. testamento quod recipitur adjectae (in opusc. n. 18.) c. 3. §. 35. sqq. Kind I. 50. Roßhirt §. 8. S. 53. J. W. III. 102. j. 118. 135. Nach Einigen, wie Stryck diss. l. n. 89. caut. test. XXIII. 46. J. H. Böhmer consult. et dec. II. p. 2. resp. 756. G. L. Böhmer Rechtsf. III. 203., reicht es bei den nach dem Teſtament gebornen Kindern ſchon hin, wenn der Teſtirer ſolche einige Zeit überlebt hat. Wenn die Rechte der posthumi nach neuerm Recht ebenfalls nach der N. 115. zu beurtheilen ſind (vgl. §. 728. not. a.), ſo muß in Beziehung auf ſie cl. cod. dieſelbe Wirkung haben, wie bei andern enterbten oder übergangenen Notherben. Zur Aufrechthaltung der Legate bedarf es denn auch hier der cl. cod. nicht.

§. 820.

4) Wenn der Teſtirer nach bereits errichtetem Teſtamente ſpäterhin ein anderes Teſtament macht, und das Letztere zwar ungültig, jedoch aber mit der Codicillarclauſel verſehen wäre, ſo würde dieſes ebenfalls wie ein Codicill zu betrachten, mithin der im erſtern Teſtamente eingeſetzte Erbe dem Letztern die Erbſchaft nach Abzug des Trebellianiſchen Viertheils auszuantworten ſchuldig ſeyn [a]); hingegen wenn das ſpäter errichtete Teſtament ebenfalls gültig wäre, ſo würde das Erſtere, wenn auch demſelben die Codicillarclauſel beigefügt wäre, dennoch kraftlos (ruptum) werden [b]), dafern nicht der Teſtirer im letztern Teſtamente ausdrücklich erklärt hätte, daß das Erſtere ebenfalls gültig ſeyn ſolle, welchenfalls dieſes Erſtere als ein Codicill gelten würde [c]). (§. 730. n. 2.) 5) Daß die in einem testamento destituto ausgeſetzten Vermächtniſſe, dafern daſſelbe mit der Cod.

Cl. verſehen worden, bei Kräften bleiben, iſt oben bemerkt worden[d]). (§. 792. not. g.)

a) Arg. l. 34. pr. D. de leg. 1. Berger a. a. O. Vorausgeſetzt wird jeden Falls nicht bloß, daß das zweite Teſtament die Requiſite eines Codicills habe, ſondern auch, daß die Requiſite eines Teſtaments ihm abgehen, denn ohne das Letztere würde es unbedingt das Erſtere entkräften; vgl. übrigens Stryck diss. l. n. 54. Helfeld diss. l. §. 33. 34. Roßhirt §. 9. S. 61. Wären in dem ſpätern Teſtament die nächſten Inteſtaterben eingeſetzt, ſo wird das erſte Teſtament ganz aufgehoben. Ob dann die eintretenden Inteſtaterben die Legate zu präſtiren haben? darüber ſ. §. 729. not. f. §. 793. not. aa. und Helfeld diss. l. §. 34.

b) Stryck caut. test. XXIV. 62. Hommel obs. 700. n. 7. Madihn Miſc. n. 31. Roßhirt a. a. O. S. 54. Ueber die entgegengeſetzte Anſicht von Berger Oec. II. 4. 22. 9. vgl. Helfeld diss. l. §. 33.

c) Eine ſolche Ausnahme, bei welcher die cl. codicillaris wirkſam iſt, ſ. §. 3. J. quib. mod. test. inf. Helfeld diss. l. §. 33. in fin. Roßhirt a. a. O. S. 61.

d) vgl. auch §. 727. not. b. und außer den daſ. angef. noch L. C. Schröder diss. 1—3. de legat. ex test. destituto, cui clausula cod. inest praest. Marb. 1750. J. Th. Seeger: vis et facultas cl. cod. in test. destitut. L. 1767. Kind I. qu. 49. Roßhirt a. a. O. p. 54., welche gegen Küſtner de leg. ex test. diss. haud praest. die in dem Text vorgetragene Meinung vertheidigen. Daß nach §. 5. des Erbg. die cl. cod. für den Fall des test. dest. von keinem Nutzen iſt, ward §. 727. not. f. gezeigt. Ob die cl. cod. von Nutzen ſey bei einem Teſtament, in welchem heredis institutio fehlt (was insbeſondere bei einem test. mystico vorkommen kann, wenn die schedula ſich nicht vorfindet), iſt nicht unbeſtritten. Die Frage kann natürlich hier bloß ſeyn, ob die Inteſtaterben die angeordneten Vermächtniſſe zu gewähren haben? Für die bejahende Beantwortung Zepper de cod. IV. 118. Stryck diss. l. n. 109. Struv. syntagma Ex. XXXIV. th. 65. Hommel obs. 700. n. 3. Sickel diss. l. §. 6. Roßhirt a. a. O. S. 52. a. M. iſt Zoller diss. l. §. 3. Ueber den Fall, wenn der letzte Wille keine Einſetzung, wohl aber die Enterbung eines Notherben enthält, vgl. Sickel l. l. p. 21. Nach Albrecht a. a. O. §. 157., welchem auch Kriegel in der mehr angef. diss. §. 16. S. 30. §. 38. S. 87. beizupflichten ſcheint, würde es nach dem ſächſ. Erbg. nicht einmal der cl. cod. bedürfen, um eine ſolche Dispoſition aufrecht zu erhalten. A. M. ſcheint mit Recht v. Hartitzſch in Darſtellung des königl. ſächſ. Erbr. §. 42. Denn über das, was zu dem Weſen eines Teſtaments

gehört, enthält das Erbgeſ. keine Beſtimmungen. Ob und welche Wirkung die cl. cod. bei einer in diem oder sub conditione resolutiva erfolgten Erbeinſetzung habe, darüber vgl. Stryck diss. I. n. 93. Lilien diss. I. §. 13. Hommel obs. 700. n. 5. Die Meinung der erwähnten Rechtslehrer ſcheint dahin zu gehen, daß die cl. codicill. ein Univerſalfideicommiß zu Gunſten der Inteſtaterben vermittele; wozu es aber nach neuerm ſächſ. Recht der cl. cod. nicht mehr bedarf. Erbg. §. 6.

Zehntes Capitel.

Von Eröffnung und Vollſtreckung letztwilliger Verordnungen.

§. 821.

Die Eröffnung des letzten Willens*) kann ſogleich nach des Teſtirers Tode vor ſich gehen, ohne daß der Ablauf eines gewiſſen Zeitraums deshalb erforderlich iſt[a]). Natürlich muß man, um die Eröffnung eines ſchriftlich verfaßten letzten Willens bewirken zu können, in dem Beſitz deſſelben ſich befinden; iſt dies nicht der Fall, ſo findet auf Seiten deſſen, der ein Intereſſe hat, den letzten Willen einzuſehen, das interdictum de tabulis exhibendis Statt[aa]). Man unterſcheide aber hierbei zwiſchen gerichtlich niedergelegten Teſtamenten, und ſolchen, welche ſich in der Verwahrung des Erblaſſers[b]) befinden. I. Iſt das Letztere der Fall, ſo ſteht es in der Willkür der nächſten Inteſtaterben, ob ſie das Teſtament außergerichtlich unter ſich eröffnen, oder ob ſie es dem Richter zur Publication übergeben wollen, welcher ſolchenfalls auch die dabei gebrauchten Zeugen, ſoviel deren noch vorhanden ſind, zur Anerkennung ihrer Unterſchriften und Siegel vorzuladen hat[c]).

*) H. Pistoris obs. 199. J. N. Hertius de apertura test. in opusc. Vol. II. p. 3. p. 257. Brückner. de apertura test. Jen. 1711. Weſtphal über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtaments-Annehm. und der Lehre von Annahme und Ablehnung der Erbſchaft ꝛc. Leipzig 1793. §. 1—59. Mühlenbruch; in der Fortſetzung des Glückſchen Pandecten-Commentars. XLIII. §. 1500. Für Sachſen iſt zu erwähnen Mand. v. 30. Oct. 1826., das zwar zunächſt nur auf gerichtlich erklärte oder niedergelegte letzte Willen ſich beziehet, jedoch auch einige Be-

ſtimmungen enthält, welche die Publication der letzten Willen im Allgemeinen angehen; vgl. G.S. v. 1826. n. 40.

a) l. 2. §. 7. D. Testam. quemadm. aperiant etc. Stryck caut. test. II. 6. Berger Oec. II. 4. 49. not. 4. und dazu die Anmerkung von Haubold; (v. Trützſchlers) Anweiſung z. Abfaſſung rechtl. Aufſätze, Th. II. Hauptabth. VI. Hauptſt. 7. Nach dem angeführten Mand. darf jedoch ein gerichtlich niedergelegtes Teſtament von dem Richter ex officio nicht eher als nach Verfluß des 30ſten Tages a morte test. eröffnet werden. Auf Inſtanz der Intereſſenten muß Eröffnung und Publication aber auch früher erfolgen. §. 5. des Mand. Auch kann der Teſtirer anordnen, daß vor einem gewiſſen Zeitraum der letzte Wille nicht publicirt werde, l. 3. C. quemadm. test. l. 8. D. ib.; vgl. das angez. Mand. §. 12. 18. n. 3. Quiſtorp rechtl. Bem. I. 87. Nach neuerm ſächſ. Recht entſteht die Frage, ob in dem Fall eines ſolchen Verbots die Inteſtaterben ein Recht haben zu fordern, daß man ſie bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem Publication erfolgen kann, in den Beſitz des Nachlaſſes ſetze? Die Frage ſcheint verneint werden zu müſſen, da Aufſchub der Publication des Teſtaments noch kein hinreichendes Argument eines ſuspendirten Erbrechts gewährt. Ueberhaupt muß auch ein ſolches Verbot gewiſſe Grenzen haben, und namentlich darf dadurch den Rechten der Notherben kein Eintrag geſchehen, l. 32. C. de inoff. test. Daß durch Appellation die Publication eines letzten Willens nicht gehindert werden könne, ſ. l. ult. pr. D. de appell. recip. l. 6. C. quemadm. app. non recip. Maevius p. III. dec. 405. Engelbrecht. obs. forens. Wismar. et L. 1748. n. 41.

a) tit. de tab. exhib. D. XLIII. 5. C. VIII. 7. Mühlenbruch a. a. O. §. 1502. Das interd. ging nicht gerade auf Ausantwortung des letzten Willens, ſondern nur auf exhibitio, d. h. das Recht, denſelben einzuſehen und davon Abſchrift zu nehmen. Die exhibitio erfolgte bei Gericht. Geſchah ſie nicht, ſo ward der Beſitzer ad id quod interest verpflichtet; l. 1. pr. §. 1. l. 2. §. 9. l. 3. §. 6. 11. 12. 13. D. h.; vgl. §. 824.

b) Oder eines Dritten, vgl. l. 3. §. 2. 3. 4. D. test. quemadm. ap. Im Allgemeinen iſt rückſichtlich der Publication der letzten Willen zu bemerken, daß ſie in der Regel vollſtändig publicirt werden müſſen, l. 2. §. 2. 3. l. 11. D. l. 4. C. h. Nach römiſchem Recht iſt jedoch nicht zu publiciren: 1) das datum des Teſtaments, l. 2. §. 6. D. 3. l. C. quemadm. test.; 2) Stellen, quae in ignominiam alterius scripta sunt, d. l. 3. C., was aber natürlich nicht auf etwanige caussae exheredationis bezogen werden darf; 3) die tabulae secundae, welche die Pupillarſubſtitution enthalten, wenn ſie beſonders vollzogen worden ſind, l. 8. D. h.; eine Aus-

nahme enthält l. 9. ib. Außerdem ſcheint es darauf anzukommen, ob ein Verbot des Teſtirers vorliegt; d. l. 8. j. l. 11. §. 3. I. de pup. subst., vgl. l. 81. D. ad SCt. Treb. Andere Subſtitutionen ſind ſofort zu publiciren, d. §. 3. I.; vgl. J. Fl. Rivinus de prohibita publicat. partis testam. a testat. facta. L. 1727. §. 6. sq., welcher die Meinung vertheidigt, daß auch die Publication der subst. fideicommissaria von dem Teſtirer verboten werden könne, obwohl mehrere daſelbſt angef. Spruchcollegien andrer Anſicht geweſen waren. — Was die test. reciproca anbetrifft, ſo kann aus dem §. 823. angegebenen Grunde das Teſtament des Ueberlebenden nicht zugleich mit dem des Verſtorbenen publicirt werden. Allein keinesweges hat der Ueberlebende ein Recht, die Publication des Teſtaments des Vorverſtorbenen zu hindern; vgl. den Rechtsfall in Elvers juriſt. Zeit. Jahrg. 1829. n. 16.

c) Carpzov p. III. c. 5. def. 24. Daß auch ein Notar das vor ihm errichtete Teſtament publiciren könne, ſcheint keinem Zweifel unterworfen. A. M. iſt Engelbrecht obs. for. n. 40.; vgl. Mävius dec. II. 247. Soll die Publication eines privatim errichteten letzten Willens durch den Richter erfolgen, ſo fragt ſich, welcher Richter deshalb angegangen werden müſſe? Nach l. 1. C. h. iſt allerdings judex competens nöthig. Wer iſt aber judex competens? In Sachſen ſcheint dies nach §. 11. des Mand. der Richter zu ſeyn, dem der Erblaſſer perſönlich unterworfen war, wenigſtens hat jeder andre Richter das Recht, die ihm angeſonnene Publication, welche denſelben nöthigen würde, auch zum Behuf der in der E. P. O. XLV. 4. vorgeſchriebenen Maaßregeln der Sicherſtellung mitzuwirken, abzulehnen. Nöthig iſt jeden Falls Vorladung 1) der Zeugen, l. 4. D. h., obwohl das Erſcheinen aller Zeugen nicht abſolut erforderlich iſt, l. 6. 7. h. Die Zeugen ſollen hierbei möglichſt geſchont werden, und namentlich auswärts wohnende das Recht haben zu verlangen, daß man das Teſtament ihnen an ihrem Wohnort vorlege, d. l. 7., jeden Falls müßten ihnen die Reiſekoſten erſtattet werden. Sind einige oder gar alle Zeugen verſtorben, ſo iſt nun die Frage, ob es ſtatthaft ſey, einen Beweis des errichteten letzten Willens auf andere Weiſe herzuſtellen? vgl. §. 668. not. d. Bei mündlich errichteten letzten Willen, über welche keine gehörig vollzogene Urkunde aufgenommen worden iſt, kann die Publication nur durch Abhörung der Zeugen erfolgen; vgl. Hert. diss. l. §. 12. Glück de test. privati solemn. probat. §. 6. in opusc. I. und Comm. VII. §. 563. S. 503.; vgl. §. 668. not. d. Die Ausſage dieſer Zeugen wird dann den Inteſtaterben bekannt gemacht. Bei ſchriftlichen Teſtamenten ſollen die vorgeladenen Zeugen vor allen Dingen ihre Unterſchriften recognoſciren, l. 4. 5. D. h. Doch hindert die von Einzelnen verweigerte Recognition die Eröffnung und Publication des Teſtaments nicht,

l. 1. §. 2. l. 6. D. h.; und wenn keiner der Zeugen erſcheint, kann im Nothfall die Eröffnung des Teſtaments in Gegenwart andrer glaubwürdiger Perſonen, nach der heutigen Verfaſſung, der Gerichtsperſonen, erfolgen, d. l. 7. Nach dieſer Eröffnung folgt die Bekanntmachung an die Intereſſenten. — Die Koſten der Publication ſind aus dem Nachlaß zu entrichten; vgl. das angez. Mand. §. 22. Nach Engelbrecht obs. for. n. 40. ſollen ſie den Teſtamentserben zur Laſt fallen.

§. 822.

Wenn hingegen II. der letzte Wille gerichtlich hinterlegt worden, ſo kann auch die Eröffnung deſſelben anders nicht als gerichtlich geſchehen [a]). Dafern nun die Erben bekannt ſind, und ſich ſelbſt zur Publication des Teſtaments melden, ſo wird daſſelbe, nachdem ſie vorher die Siegel als unverſehrt anerkannt haben, in ihrer Gegenwart vom Richter erbrochen, wörtlich vorgeleſen [b]), ſolches Alles hinter das Teſtament protokollirt, und ihnen auf ihr Verlangen eine Abſchrift von dem Teſtamente und der Publicationsregiſtratur ertheilt. Wenn ſich Niemand zur Publication meldet, jedoch die nächſten Inteſtaterben bekannt ſind, ſo iſt der Richter befugt, dieſelben vorzuladen und, auch wenn Niemand erſcheint, das Teſtament zu eröffnen [c]). Sind hingegen die Erben ganz unbekannt, ſo kann der Richter ebenfalls ex officio das Teſtament eröffnen, und hernachmals den eingeſetzten Erben dazu vorladen, auch, wenn deſſen Aufenthalt unbekannt iſt, edictaliter citiren [d]).

a) Es kann daher das gerichtlich niedergelegte Teſtament nicht etwa den eingeſetzten Erben zur Publication überlaſſen werden, wie ſchon 1671 der Schöppenſtuhl zu Leipzig entſchied. Rivinus diss. l. §. 5. Von der Eröffnung des letzten Willens durch den Richter handelt insbeſ. das angez. Mand., deſſen Zweck offenbar der iſt, die gerichtlich niedergelegten oder errichteten letzten Willen zum Nachtheil der Intereſſenten und zur Beſchwerde des Richters nicht unbenutzt in den Archiven vermodern zu laſſen. Aus dieſem Grund iſt namentlich vorgeſchrieben, daß die Eröffnung und Publication eines gerichtlich erklärten oder niedergelegten letzten Willens nicht bloß auf Inſtanz eines Betheiligten, ſondern auch ex officio erfolgen §. 2. 5., auch der Richter in den Stand geſetzt werden ſoll, zu beurtheilen, ob der Fall der Publication eines letzten Willens vorhanden ſey. Auf das Letztere bezieht ſich beſonders die Vorſchrift

des §. 8., zu Folge deren ein in dem Nachlaß eines Verſtorbenen vorgefundener Depoſitionsſchein dem Richter, welcher ſelbigen ausgeſtellt hat, bekannt zu machen iſt. Eröffnung und Publication kommen übrigens als zwei geſchiedene Handlungen bei gerichtlich niedergelegten letzten Willen vor, während bei den vor Gericht mündlich erklärten Dispoſitionen nur von Publication die Rede ſeyn kann. Die Eröffnung, und wohl auch die Publication der letzten Willen erfordert die Gegenwart von 2 Gerichtsperſonen, unter denen auch der Protokollführer mitgerechnet wird; §. 9. Hinſichtlich der Eröffnung iſt der Richter, bei welchem das Teſtament niedergelegt worden iſt, allein verpflichtet; auch die Publication vorzunehmen, iſt derſelbe nur dann gehalten, wenn ſeiner Gerichtsbarkeit der Erblaſſer für ſeine Perſon unterworfen war, oder doch der Fall nicht eintritt, in welchem Sicherſtellung der Vermächtniſſe erforderlich wird. Iſt keine dieſer Vorausſetzungen vorhanden, ſo kann der Richter, welcher die Eröffnung des Teſtaments unternommen hat, die Publication entweder ſelbſt verrichten, oder ſolche dem Richter, welchem der Erblaſſer für ſeine Perſon untergeben war, überlaſſen. Daſſelbe muß auch wohl dann gelten, wenn bei mündlich ad protocollum gegebenen letztwilligen Verordnungen bloß die Publication erfolgen ſoll.

b) l. 1. C. quemadm. test. ap.

c) §. 9. des erwähnten Mand. Vorzuladen ſind der Ehegatte, und wenigſtens einige der der geſetzlichen Erbfolge fähigen Verwandten, welche an demſelben Ort oder in der Nähe ſich aufhalten. Die Vorladung kann mündlich oder ſchriftlich erfolgen; ſie wird unnöthig, wenn die Intereſſenten sponte erſcheinen. Uebrigens ſpricht auch dieſe Stelle des Geſetzes nur von ſchriftlich niedergelegten Teſtamenten, und von der Vorladung zur Eröffnung. Die Publication muß allen Intereſſenten geſchehen, die daher auch, wenn ſie nicht sponte erſcheinen, alle vorzuladen ſind. — Die Vernachläſſigung der d. §. 9. vorgeſchriebenen Form zieht übrigens zwar Beſtrafung des Richters nach ſich, hat aber auf die Gültigkeit des letzten Willens keinen Einfluß. Das Letzte verſteht ſich eigentlich ſo ſehr von ſelbſt, daß man geneigt iſt, anzunehmen, es ſey hier nicht ſowohl die Gültigkeit des letzten Willens, als die Gültigkeit der Publication des letzten Willens gemeint.

d) Mand., die Edict.-Citat. in Civilſachen betr., v. J. 1779. C. A. C. II. 1. p. 367. — Ausdrücklich wird dies in erwähntem Geſetz freilich nicht geſagt; auch möchte daſſelbe aus §. 3. b. des Geſetzes ſchwerlich ſich herleiten laſſen. Dagegen beſtimmt das Mand. v. 1826. über das von dem Richter zu beobachtende Verfahren, wenn Niemand Eröffnung des Teſtaments verlangt, Folgendes: A) in dem Fall, wenn der Richter den Tod des Erblaſſers glaubhaft er-

fahren hat, kann und muß der Richter, nachdem der Tod des Erblaſſers gehörig ermittelt worden iſt, in der Regel nach Verfluß des 30. Tages ex officio verfahren, §. 5. 6. Ausnahme gilt, a) wenn der Erblaſſer im Auslande verſtorben und von ihm im Inlande kein dem Richter bekanntes Vermögen hinterlaſſen worden iſt, b) wenn der Erblaſſer notoriſch inſolvent verſtorben oder gar zu deſſen Vermögen der Concurs eröffnet worden iſt, c) wenn zwiſchen dem Tode des Erblaſſers und dem Anfang des Jahres, in welchem dem Richter der Tod des Erblaſſers bekannt geworden iſt, 20 Jahre in der Mitte liegen, §. 6. 7. Ob in dieſen 3 Fällen der Richter das Verfahren ex officio nur unterlaſſen könne, oder auch unterlaſſen müſſe? iſt nicht weiter geſagt. B) Hat der Richter keine glaubhafte Nachricht von dem Tode des Erblaſſers, ſo tritt nach §. 14. ff. des Mand. eine Art von Edictalverfahren ein, vorausgeſetzt (§. 14. 18.), daß α) von Niederlegung oder Errichtung des letzten Willens zwanzig Jahre, oder wenn nachgewieſen werden kann, daß der Erblaſſer das 70. Lebensjahr überſchritten haben ſollte, fünf Jahre verfloſſen ſind, ohne daß von dem Leben oder dem Tode deſſelben Nachricht eingegangen iſt. β) der Erblaſſer nicht als Abweſender bevormundet worden iſt; wo aber gleichwohl der Richter, welcher dieſe Vormundſchaft angeordnet hat, von dem Daſeyn des Teſtaments in Kenntniß zu ſetzen iſt, damit nach erfolgter Todeserklärung wegen Eröffnung und Bekanntmachung des letzten Willens das Nöthige erfolgen könne, §. 19. γ) der Erblaſſer nicht bei oder nach der Errichtung des letzten Willens das Edictalverfahren verbeten hat. Der Fall, wenn bekannt iſt, daß der Erblaſſer ein ſpäteres Teſtament errichtet hat, wird in dem Geſetz nicht als Ausnahme aufgeführt, obſchon derſelbe wohl dafür gelten ſollte. Das Edictalverfahren ſelbſt, welches übrigens koſtenfrei einzuleiten iſt, §. 22., beſteht nun in einer den Leipz. Zeitungen mit Angabe des Errichters und der Zeit der Errichtung einzuverleibenden Bekanntmachung, daß nach Ablauf von 6 Monaten mit dem letzten Willen dem Geſetz gemäß werde verfahren werden, dafern binnen dieſer Zeit Niemand auf Eröffnung antragen oder Gründe für Unterlaſſung der Eröffnung nachweiſen würde. Meldet ſich auf dieſe Bekanntmachung Niemand, ſo darf der Richter den letzten Willen eröffnen, aber nur, wenn er in demſelben eine Diſpoſition zu Gunſten von Kirchen, Schulen oder milden Stiftungen findet, nach Befinden unter Requiſition der Behörde zum Behuf weiterer, die förmliche Eröffnung und Publication bezweckender Maaßregeln, Verfügung treffen. Im Uebrigen iſt nach Aufnahme einer kurzen, auf die Diſpoſition oder den Umſchlag zu bringenden Regiſtratur der letzte Wille mit dem Gerichtsſiegel verſiegelt weiter aufzubewahren. Daß ein ſolches Edictalverfahren von dem Richter nicht bloß eingeleitet werden könne, ſondern ſogar eingeleitet werden müſſe, das

folgt nicht bloß aus der Vorſchrift des §. 20., in welchem dem Richter zur Pflicht gemacht wird, am Ende jedes Jahres in dem Archiv nachzuſehen, ob alte Teſtamente vorhanden ſind; und über das etwa eingeleitete Verfahren das Nöthige bei Ueberreichung der Proceßtabellen mit einzuberichten, ſondern auch aus der §. 21. für den Unterlaſſungsfall angedroheten Strafe von 20 Thlrn. Eben ſo folgt aus den Beſtimmungen des Geſetzes ſelbſt, daß ſie zunächſt auf die dem Gericht verſiegelt übergebenen ſchriftlichen Teſtamente ſich beziehen.

§. 823.

Da die Eröffnung des Teſtaments eher nicht, als nach des Erblaſſers Tode, gültiger Weiſe unternommen werden kann, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß derjenige, welcher darauf anträgt, zuvörderſt das erfolgte Ableben des Teſtirers, dafern ſolches nicht notoriſch iſt, erweiſen müſſe[a]). (Th. I. §. 64.) Wenn hingegen der Erblaſſer nach errichtetem Teſtamente ſich entfernt hat, und deſſen Aufenthalt unbekannt iſt, ſo kann die Eröffnung des Teſtaments eher nicht geſchehen, als bis von deſſen erfolgtem Ableben die rechtliche Vermuthung nach den oben angegebenen Grundſätzen (§. 65.) eingetreten iſt[b]).

a) l. 2. §. 4. D. Testam. quemadm. aper. §. 3. 5. 6. des angez. Mandats. Nur um das not. d. des vor. §. erwähnte Edictalverfahren einzuleiten, bedarf es der Gewißheit des erfolgten Todes nicht.

b) §. 13. 16. 19. angez. Mand. Die Publication des letzten Willens eines für todt erklärten Abweſenden ſoll aber erſt ein Jahr nach Publication des Urthels erfolgen, durch welches die Todeserklärung ausgeſprochen ward; vgl. über dieſen Punkt Excurſe I. S. 80.

§. 824.

Uebrigens iſt ein Jeder berechtigt, die Publication des Teſtaments zu verlangen, welcher ein Intereſſe dabei hat; nur muß er ſolches entweder durch Production des Recognitionsſcheins[a]), oder durch die Beſcheinigung, daß er ein Notherbe, oder ſonſt der nächſte Inteſtaterbe ſey, beibringen, oder äußerſten Falls den Eid für Gefährde leiſten[b]). Gleichergeſtalt kann auch im Falle eines außergerichtlichen ſchriftlichen Teſtaments ein Jeder, welcher dabei intereſſirt iſt, und ſolches einigermaßen erweislich machen kann, von demjenigen, wel-

cher das Teſtament in Verwahrung hat, deſſen Vorzeigung und Abſchrift verlangen; und kann Letzterer nach vorgängiger Imploration des Richters durch Strafauflagen hierzu angehalten werden [c]).

a) §. 2. n. 1. des angezogenen Mandats.

b) l. 2. C. quemadm. test. aperiant. Rivin. diss. l. §. 5. Berger Oec. II. IV. 19. 1. Von dem Gefährdeeide iſt in dem Mand. nicht die Rede; vielmehr können nicht bloß Ehegatten und präſumtive Inteſtaterben, ſondern auch andre, die ein wahrſcheinliches Intereſſe angeben, auf Eröffnung antragen, ohne daß es der Production eines Recognitionsſcheins bedarf.

c) l. 1. D. de tabulis exhibendis. Berger Oec. III. XIII. 1. 10.; vgl. §. 644. not. b. §. 821. Weſtphal a. a. O. §. 46—59. Daß namentlich den Vermächtnißnehmern es nicht präjudicire, wenn die Dispoſition, in welcher ſie bedacht worden ſind, nicht edirt würde, ſ. l. 10. §. 2. D. h. in l. 3. §. 13. 14. 15. D. de tab. exh.

§. 825.

Damit der letzte Wille des Erblaſſers deſto gewiſſer erfüllt werde, ſo wird noch zuweilen gewiſſen Perſonen zu deſſen Vollſtreckung beſondrer Auftrag ertheilt [a]), und zwar wird 1) entweder vom Erblaſſer ſelbſt Jemand im Teſtamente hierzu ernannt (exsequutor testamentarius), oder 2) er hat noch bei ſeinen Lebzeiten mit Jemandem darüber einen Vertrag geſchloſſen (conventionalis) [b]). Außerdem hat auch 3) die Obrigkeit ſelbſt die Verbindlichkeit auf ſich, dafür zu ſorgen, daß der letzte Wille des Erblaſſers erfüllt werde [c]) (exsequutor legitimus), und 4) wenn ſie es für gut findet, Jemandem zu deſſen Vollſtreckung beſondern Auftrag zu ertheilen [d]) (exsequutor dativus).

a) A. Faber error. pragm. LXVI. 9. Wolfg. Ad. Lauterbach de exsequutoribus ultimarum voluntatum. Tub. 1668. Rhetius de exequutoribus ult. vol. Frcf. 1673. in diss. II. 10. M. G. Pauli diss. ejus arg. Gedan. 1762. Leyſer Sp. 374. Zoller de exec. ult. vol. L. 1763. Kind in der §. 827. not. a. angef. diss. Die Abhandl. von Roßhirt Zeitſchr. II. 5. enthält nur eine einzelne hiſtoriſche Notiz, die übrigens auch ſchon von Andern gemacht worden iſt. Ueber Teſt.-Vollzieher; von J. Scholz III. Altenburg 1841. Mühlenbruch a. a. O. XLIII. §. 1503. Reyſcher und Welda Zeitſchrift für deutſches Recht IX. 3.

Linde Zeitſchrift XX. 4. b. Das Inſtitut der Teſtaments-Executoren kommt in mehrern Provincial- und ſtatutariſchen Rechten Deutſchlands vor, ſo im Lübiſchen Recht II. 15.; vgl. dazu Mävius comm. ad Jus Lub.; im Würtemberg. Landrecht III. 27.; vgl. dazu Grieſinger Comm. VI. 619. in der Frankf. Reformation, vgl. Orth Anmerk. III. S. 405. in der Nürnberger Ref. I. 32. 1.; vgl. Siebenkees v. letzten Willen nach gem. und Nürnb. Recht. Nürnb. 1778. §. 173. ff. Preußiſches Landr. I. 12. §. 557. ff. Ueber das Danziger Statut vgl. Pauli diss. l. Mühlenbruch a. a. O. S. 401. ff. Man theilt die exequutores testamenti in universales et particulares ein, je nachdem alle Angelegenheiten der Verlaſſenſchaft oder einzelne Dispoſitionen ihrer Aufſicht übergeben worden ſind; vgl. Kind in der §. 827. not. a. angef. diss. §. 6. Executoren der letztern Art, welche als ministri ultimae voluntatis bezeichnet werden, kommen auch in dem röm. Recht vor, und es iſt oft in facto zweifelhaft, ob Jemand bloß als minister oder als honoratus anzuſehen ſey; vgl. l. 17. pr. l. 88. §. 2. D. de leg. 2. l. 21. §. 4. D. de ann. leg. l. 7. D. si cui plus quam jur. l. Falc. l. 78. §. 1. D. ad SCt. Treb. l. 9. D. de el. leg. l. 20. §. 1. D. qu. dies leg., l. 40. §. 5. l. 80. D. de C. et D. und über jene Frage insbeſondere Cramer Wetzl. Nebenſtunden LXXIII. n. 8. S. 98. Es iſt übrigens die Function der Teſtamentsexecutoren eine Art von cura, und die in dem §. aufgeführte Eintheilung von der Tutel entlehnt.

b) Bei dem exsequutor test. und convent. ſteht den Intereſſenten ziemlich freie Willkür, rückſichtlich der Wahl eines beſtimmten Subjects, zu, indem für den exequutor nichts weiter als Fähigkeit, verbindlich handeln und Aufträge andrer Perſonen übernehmen zu können, erfordert wird, Pauli diss. l. §. 7. Der Verordnung des canoniſchen Rechts, nach welcher Geiſtliche die ihnen übertragene Execution eines letzten Willens ohne Zuſtimmung der geiſtlichen Obern nicht übernehmen ſollen, c. 2. §. ult. X. de test. in 6to. und Clem. un. de test., iſt wenigſtens für Sachſen nicht von praktiſcher Wichtigkeit. Den Erben ſelbſt die Vollziehung zu übertragen, würde etwas Ueberflüſſiges ſeyn, den Fall ausgenommen, wenn von mehrern Miterben einer als Executor beſtellt worden iſt. Wird ein heres ex asse als exequutor testamenti bezeichnet, ſo folgt ohne Hinzutritt beſonderer Umſtände, wie in dem Fall bei Kind diss. l. §. 10., noch nicht, daß dem Eingeſetzten die beneficia heredis und der Anſpruch auf qu. Falcidia und Trebell. beneficium deliberandi, verloren gehen. Auch iſt daraus, daß der in einem letzten Willen Honorirte in einer folgenden Dispoſition als Executor bezeichnet worden iſt, nicht auf Ademtion des in der früheren Verfügung beſchiedenen Vortheils zu ſchließen. So entſchied der

Schöppenſtuhl zu Leipzig M. Jul. 1806. in Sachen Schilting ./. Händler. In dem hier behandelten Falle war es der Erbe ſelbſt, der ſpäterhin als Executor bezeichnet war, und hier trat für den erwähnten Satz noch der Umſtand ein, quod codicillis neque dari neque adimi potest hereditas. Für die Beſtellung in dem letzten Willen iſt übrigens keine beſondere Form vorgeſchrieben. Lauterbach diss. I. IV. 30., wiewohl nicht zu bezweifeln iſt, daß mit dem letzten Willen, in welchem die Anordnung eines Executors ausgeſprochen wird, dieſe Anordnung zuſammenſtürzt, wenn nicht auf andre Weiſe eine gültige Verfügung des Teſtirers nachgewieſen wird; Lauterbach VII. 11. Daß in dem Fall, wenn ein eingeſetzter Inteſtaterbe die Erbſchaft in fraudem der Legate ausſchlägt, es bei der in dem Teſtamente erfolgten Anordnung eines Teſtamentsexecutors bewende, ſ. Madihn Miſcellen I. 20. p. 94. Sonſt ſcheint freilich erforderlich, ut hereditas ex test. adealur, Hofacker §. 16. 31., wenn gleich in Sachſen nach dem Erbg. §. 6. auch hier etwas Anderes anzunehmen ſeyn dürfte.

c) l. 1. pr. D. si quis om. c. test. l. 5. D. test. quemadm. Ob dieſe Geſetzſtellen zum Beweis des obigen Satzes hinreichen, ſteht dahin. Unmittelbar und unaufgefordert in die Regulirung einer Verlaſſenſchaft einzugreifen, iſt im Allgemeinen dem Gericht nicht geſtattet. Wernher En. p. III. obs. 92. Ausnahme gilt nur inſofern, als der Richter die Eröffnung der bei ihm ſelbſt niedergelegten letztwilligen Dispoſitionen zu veranſtalten, vgl. §. 822. not. d., die Legate ſicher zu ſtellen, vgl. §. 781. und insbeſondere bei Dispoſitionen, ad pias caussas, Aufſicht über die Vollziehung zu führen hat, l. 28. C. de episc. et cler. N. 131. c. 11. c. 19. X. de test.; und für Sachſen Generale v. 16. Septbr. 1746. C. A. C. I. 1. S. 362. Inzwiſchen ſind doch mehrere Rechtslehrer der Meinung, daß die Obrigkeit ipso jure über Vollziehung der letztwilligen Verfügungen zu wachen habe; vgl. Mävius ad jus Lub. n. 31. Mencken syst. pand. XXX. §. 35. Leyſer sp. 374. m. 9. 10. Zoller diss. l. §. 4. Hommel obs. 756. S. 235. Pauli diss. l. §. 4. Kind in der §. 827. not. a. angef. diss. Es fragt ſich übrigens, welches Gericht in Anſehung der Beaufſichtigung letzter Willen, da wo ſie erforderlich iſt, competent ſey? Ohne Zweifel dasjenige, dem der Erblaſſer für ſeine Perſon unterworfen war; und dies ſelbſt dann, wenn das Teſtament oder die letztwillige Verfügung bei einem andern Gericht niedergelegt worden war; ſo entſchied arg. §. 11. des §. 821. not. a. angeführten Mand. von 1826. das App.-Gericht zu Leipzig, M. Novbr. 1835.; vgl. auch Hagemann Erört. VII. 115.

d) Mävius ad jus Lub. §. 31. Dies kann in sp. eintreten, wenn der in dem letzten Willen benannte Executor entweder verſtorben iſt, oder die ihm übertragene Function nicht annehmen will. So ent-

ſchied der Schöppenſtuhl zu Leipzig in einem resp. v. J. 1834. und das App.-Ger. in der angezogenen Verordnung; vgl. Zeitſchr. I. n. 4. S. 60. Es ſcheint dies jedoch auf den Fall nicht ausgedehnt werden zu können, wenn von mehrern Executoren wenigſtens einer bleibt, a. c. 2. §. ult. X. de test. in 6to. Mühlenbruch a. a. O. S. 434.

§. 826.

Wer ſich mittelſt Vertrags zur Teſtamentsvollſtreckung anheiſchig macht, iſt wie aus jedem andern Vertrage verbindlich; keineswegs aber derjenige, welchen der Erblaſſer im letzten Willen hierzu ernannt hat [a]), wiewohl er, wenn er ſolches ausſchlägt, auch des zu dem Ende ihm ausgeſetzten Vermächtniſſes verluſtig wird [b]). Im Gegentheil ſteht es auch den Erben frei, ſelbſt hierzu Jemanden zu wählen, und wenn ſie ſämmtlich in dieſer Wahl übereinſtimmend ſind, ſo wird ein ſolcher Executor ſelbſt dem im letzten Willen hierzu ernannten vorgezogen [c]).

a) Hommel Obs. 368. Pauli §. 8. Carpzov p. III. c. 13. def. 37.; vgl. c. 19. X. de test. Auch der Richter kann hier, wo kein munus publicum vorliegt, Niemanden zur Uebernahme der Function eines Teſtamentsexecutors nöthigen. Lauterbach IV. 36.

b) Arg. l. 12. §. 4. D. de religios. et sumtib. fun. Berger Oec. II. IV. 19. 6.; vgl. Lauterbach IV. 44.

c) Leyſer a. a. O. m. 2. seqq. — Ein Satz, der jedoch, ſo allgemein wie hier aufgeſtellt, ſehr problematiſch erſcheint, da er offenbar gegen den Willen des Erblaſſers anſtößt, dem die Erben ſich doch zu fügen haben. Nur wenn außer den einwilligenden Erben Niemand bei der Vollſtreckung des letzten Willens betheiligt iſt, kann der erwähnte Satz als richtig gelten.

§. 827.

Die Pflicht eines Teſtamentsexecutors beſteht vorzüglich darin, daß er für die Fertigung eines Inventariums, Vertheilung der Erbſchaft, Abführung der Vermächtniſſe, Eintreibung der außenſtehenden Schulden ꝛc. Sorge trage [a]). Der Verwaltung der Erbſchaft aber darf er ſich nicht anmaßen, dafern ihm dieſelbe nicht beſonders übertragen worden [b]); und nur in dieſem Falle iſt es ihm erlaubt, etwas von der Erbſchaft, wenn es die Nothwendigkeit erfordert,

oder zum Vortheil des Erben gereicht, zu veräußern [c]). Wenn der Executor ſein Geſchäft beendigt hat, ſo iſt er, Falls er wirklich adminiſtrirt hat, den Erben Rechnung abzulegen [d]), auch allen mit Vorſatz oder durch grobe Fahrläſſigkeit verurſachten Schaden zu erſetzen ſchuldig [e]). Eine Belohnung für ſeine Mühe kann er nicht fordern, wenn ſie nicht beſonders vorher bedungen oder ausgeſetzt worden iſt; wohl aber kann er den Erſatz der Unkoſten und Verſäumniß verlangen [f]).

a) Carl Chriſtoph Kind D. Num exsequutor testamenti in eodem heres ex asse scriptus esse possit (Lips. 1793.) §. 6. sqq. Das Verhältniß eines Teſtamentsexecutors iſt im Weſentlichen aus dem Geſichtspunkt des Mandatum zu beurtheilen; Carpzov dec. 159. n. 13. Maev. ad Jus Lub. §. 5. Grieſinger Comm. z. würtemb. Landr. a. a. O. §. 1., welches von dem eines andern Mandatarius nur dadurch ſich unterſcheidet, daß es erſt mit dem Tode des Auftraggebers beginnt, und in der Regel jus substituendi nicht in ſich ſchließt; vgl. Lauterbach V. 14. Mävius §. 14. Pauli diss. l. §. 8.; zum Theil abweichende Anſichten ſ. bei Mühlenbruch a. a. O. S. 441. Die Norm für Ausführung des ertheilten Auftrags giebt der Wille des Teſtirers, bei deſſen Ausführung jedoch arbitrium boni viri zu beachten iſt. Ueber den Unterſchied zwiſchen Beſtimmungen, welche wirklich in Ausübung zu bringen ſind, und dem, was man nudum praeceptum nennt, vgl. l. 7. D. de ann. leg. Mühlenbruch a. a. O. S. 391.; vgl. auch oben §. 777. Dem Executor gegenüber ſteht der eingeſetzte Erbe; dem executor particularis auch wohl ein einzelner oneratus, woraus folgt, daß der Executor an den Willen dieſer Perſonen auf keine Weiſe gebunden iſt; Zoller diss. l. §. 6. A. M. iſt gewiſſermaßen Leyſer l. l. med. 11. Aus dieſem Verhältniß folgt, daß der Executor das Recht und die Pflicht hat, 1) die Publication des letzten Willens nachzuſuchen, Mand. v. 1826., die Publ. der Teſt. betr. §. 2.; 2) Kenntniß von dem Erbbeſtand zu nehmen, Lauterbach IX. 13. Weſtphal Rechtsgutachten. n. 2.; 3) die Vertheilung der Erbmaſſe an die Honorirten zu fordern, vgl. überhaupt Weſtphal Rechtsg. n. 637. Obwohl übrigens derſelbe von dem Willen des Teſtirers ſich nicht entfernen darf, ſo iſt er doch nur gültige Diſpoſitionen zu beachten verbunden. Lauterbach VII. 11. IX. 90. Leyſer l. l. m. 10. Müller. ad L. obs. 577. Ueber das Recht, angeordnete Legate zu mindern, vgl. J. H. Böhmer consult. et decis. III. 3. resp. 572.

b) Carpzov dec. 159. Pauli diss. l. §. 10. Mühlenbruch doctr. pand. §. 656. Comm. a. a. O. S. 423. ff. Doch kann

derſelbe der Verwaltung einer hereditas jacens ſich unterziehen, und iſt auch wohl dazu gehalten, wenn er einmal das munus executoris ohne Vorbehalt übernommen hat, und kein andres paſſendes Subject ſich finden ſollte. Hat der executor einmal die Adminiſtration übernommen, ſo iſt er unſtreitig auch zur Rechnungsablegung gehalten. Clem. un. de test. Lauterbach IX. 150. Kind diss. l. §. 7. Wernher Ex. p. III. obs. 92.; ſo entſchied auch der Schöppenſtuhl in dem bereits angef. responsum. Eben ſo wenig als die Adminiſtration ſteht in der Regel dem executor test. das Recht zu, Beſitz von dem Nachlaß zu ergreifen; vgl. Cramer Wetzl. Nebenſtund. CX. n. 7. p. 227. Lauterbach IX. 34. A. M. iſt Hofacker §. 1631. Die Executoren vertreten auch weder active, noch passive den Nachlaß, und können daher qua executores weder klagen, noch belangt werden, außer aus Geſchäften, welche von ihnen ſelbſt verhandelt worden ſind, Lauterbach IX. 170. sq. Zoller §. 7. 8. 9. Weſtphal Rechtsgutachten. n. 637. J. W. III. 55. S. 159. Ein von dem Erblaſſer oder gegen denſelben angefangener Proceß kann daher von dem Executor nicht fortgeſetzt werden, Zoller diss. l. §. 10. sqq. A. M. iſt Lauterbach IX. 54. Eben ſo wenig vertreten ſie das Intereſſe einzelner honorati gegen den oneratus, Zoller diss. §. 7. Ob die Obrigkeit, welche bei einer Dispoſition zu Gunſten einer milden Stiftung als executor beſtellt worden iſt, dadurch zugleich das jus patronatus erlange, ſ. H. Cocceji de executor. testam. et jure patronatus. Frcf. ad V. 1709. in deſſ. exerc. curios. II. 47.

c) Richtiger ſcheint es das Veräußerungsrecht des Executors auf den Fall der ihm übertragenen Verwaltung zu beſchränken, und wenn von bloßer Nützlichkeit der Veräußerung die Rede iſt, an Zuſtimmung des Erben zu binden. Zoller §. 7. Berger Oec. II. 4. 19. not. 9. Pauli §. 11. Kind §. 6. Mencken syst. Pand. XXX. §. 38. Auszunehmen ſind aber hiervon Veräußerungen, welche als Erfüllung des letzten Willens anzuſehen ſind, wie die Ausantwortung und Bezahlung der Legate, insbeſondere Ceſſionen, welche dahin abzwecken. Struben r. Bed. IV. 188. (329. ed. 2.); vgl. l. 7. D. si cui plus quam per l. Falc. l. 67. pr. l. 77. §. 10. D. de leg. 1. Pufendorf obs. jur. un. IV. 41. et 42. Ob ein Executor von dem andern Nachlaßgegenſtände rechtsbeſtändiger Weiſe kaufen könne? ſ. Lauterbach IX. p. 100. Putoneus En. II. 43.

d) S. oben not. a. Daß die Function des Executors auch mit deſſen Tode aufhöre, verſteht ſich von ſelbſt. Lauterbach X. Mävius §. 27. Ob an die Stelle des Verſtorbenen oder Weggefallenen ein andrer zu beſtellen ſey, ſ. §. 825. not. d.

e) Lauterbach l. l. IX. 150. sqq. Berger Oec. II. 4. 19. not. 9.

Wernher obs. l. 92. Richtiger ſcheint es jedoch, daß der executor, wie jeder andre Mandatarius, omnem culpam zu präſtiren habe. Grieſinger a. a. O. S. 624. Mehrere Executoren müſſen in der Regel alle da, wo ihre Mitwirkung erforderlich iſt, concurriren. c. 2. §. ult. X. de test. in 6to. Mencken l. l. §. 38. Winkler ad Berger. Oec. l. l. not. 9.

f) Carpzov P. III. c. 13. d. 38. In dubio iſt anzunehmen, daß ein dem Executor hinterlaſſenes Legat das Aequivalent für Mühe und Arbeit, wenn auch nicht für Verläge ſey. Grieſinger a. a. O. S. 623. Leyſer l. l. m. 12. Dagegen kann der Erbe durch Auszahlung des dem Executor beſchiedenen Legats von der Aufſicht des Executors ſich nicht losmachen. Madihn a. a. O. S. 94. Mühlenbruch a. a. O. S. 417.

§. 828.

Da übrigens einem Teſtamentsexecutor, als ſolchem, keine richterliche Gewalt zuſteht, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß ſich derſelbe bei entſtehenden Streitigkeiten zwiſchen den Erben oder Legatarien, oder, wenn in dem letzten Willen etwas dunkel und zweifelhaft ſeyn ſollte, keine Entſcheidung anmaßen dürfe, noch auch die Intereſſenten, ſelbſt wenn der Teſtirer ſolches ausdrücklich verordnet hätte, ſich bei deſſen Ausſpruche zu beruhigen verbunden ſind [a]), dafern ſie ihn nicht freiwillig zu ihrem Schiedsrichter gewählt haben.

a) l. 7. C. de fideicomm. Leyſer a. a. O. m. 5. 6. Lauterbach IX. 64. sq. Weſtphal Rechtsgutachten. n. 637. Bauer Resp. 39. L. 1797. Mühlenbruch a. a. O. S. 419. ff. Andrer Meinung, wenigſtens in dem Fall, wenn der Erblaſſer den Executor als Schiedsrichter beſtellt hat, ſind Cramer Wetzl. Nebenſt. XXXVII. n. 4. p. 78. Lauterbach l. l. §. 82. Hofacker §. 1631. Leyſer l. l. m. 7. 8. v. Berg juriſt. Beob. und Rechtsf. I. 8. — Die in dem Text ausgeſprochene Meinung ſcheint die richtigere. Am allerwenigſten würde eine in dem Teſtamente ausgeſprochene Beſtimmung, welche den Erben oder oneratus in allen Fällen der Diſpoſition über den Nachlaß an den Willen des Executors bindet, zu beachten ſeyn. Eine ſolche Bevormundung mündiger und diſpoſitionsfähiger Perſonen iſt nicht einmal einem Vater rückſichtlich ſeiner Kinder ohne Weiteres geſtattet, V. O. V. §. 6. Nicht zu gedenken, daß hiermit die Diſpoſition ſelbſt einer fremden Willkür anheim gegeben würde. Daß der, welcher einem Andern durch eine letztwillige Verfügung etwas hinterläßt, dies unter Modificationen thun könne, iſt allerdings wahr; allein dieſe Modificationen hat er ſelbſt anzugeben, nicht der Willkür eines

Dritten zu überlaſſen. In jedem Fall würde der Executor nicht nach bloßer Willkür, ſondern nur nach Gründen, secundum arbitrium boni viri, verfahren können; vgl. §. 827. not. a. Mühlenbruch a. a. O. S. 420. 431.

Zweiter Abſchnitt.

Von Erbverträgen.

§. 829.

Unter Erbverträgen überhaupt verſteht man diejenigen Verträge, welche die künftige Verlaſſenſchaft eines noch lebenden Menſchen zum Gegenſtande haben [a]). Dergleichen Erbverträge nun betreffen entweder die künftige Erbſchaft einer dritten nicht mit contrahirenden Perſon (pacta de hereditate aliena), oder ſie betreffen den Nachlaß eines oder mehrerer, oder ſämmtlicher Contrahenten [b]).

a) Petr. v. Ludewig differentiae juris Rom. et Germ. in pactis de superstitis heredio. Hal. 1741. in deſſen syll. dissert. Vol. III. n. 19. Leyſer Sp. 43. u. 44. Stryck de success. ab intest. diss. 8. deſſen cautelae contract. III. 6. §. 5. seqq. us. mod. II. 14. §. 13. sqq. J. F. Rivinus de pactis successoriis. Lips. 1746. (es iſt ſchwer zu begreifen, wie dieſe diss. wahrſcheinlich ein opus des Reſpondenten, die nichts als eine von dem Standpunkt der Wolffſchen Philoſophie bewirkte, ziemlich unvollſtändige Kritik der Erbverträge enthält, hier und in allen ältern und neuern Compendien des deutſchen Rechts angeführt werden konnte.) Ad. Fr. Hebenſtreit D. Vindiciae veri valoris pactorum successionum, tam jure Rom. quam Germ. adversus errores interpretum. Erf. 1798. Glück Pandecten IV. S. 214. §. 304. VI. §. 540. C. G. Hübner disput. testamentar. c. 11. Weſtphal deutſches und reichsſt. P. R. Th. 2. n. 71. §. 385. Mittermaier D. P. R. §. 401. ff. Eichhorn D. P. R. §. 340. ff. Maurenbrecher D. P. R. §. 560. ff. Danz Comm. zu Runde D. P. R. §. 653. ff. (Th. 7. S. 372. ff.) Haſſe über Erbvertrag, Vertrag über fremde Erbſchaft, Schenkung, Todes halber und wechſelſeitiges Teſtament, im rhein. Muſ. II. S. 149. 300. III. S. 1. 239. 490. Beſonders wichtig iſt Beſeler Lehre von Erbverträgen, erſter Theil: enthaltend die Vergabungen von Todeswegen nach älterm d. Recht, Göttingen 1835., 2. Th. die Lehre v. Erbeinſetz.-Vertrag, ib. 1837. 3. Th. ib. 1840. Schwarze u. Heyne Unterſ. pract. wichtiger Materien. n. 2.

Die Rede iſt in dem Folgenden von Verträgen über eine künftige, noch nicht deferirte Verlaſſenſchaft. Ausgeſchloſſen bleiben daher die Verträge über eine bereits deferirte Verlaſſenſchaft, die ſogenannten Erbvergleiche, transactiones de hereditate delata, die übrigens von andern Arten der Verträge im Ganzen nicht weſentlich verſchieden ſind. Bei den eigentlichen Erbverträgen iſt aber nicht immer die Verlaſſenſchaft als universitas juris oder eine Quote derſelben Gegenſtand des Vertrags, ſondern es können dieſelben auch auf einzelne Sachen, pars quanta, ſich beziehen. Auf beide Arten der Verträge läßt ſich übrigens auch die Eintheilung in oneroſe und lucrative Verträge anwenden; je nachdem der, welcher ein jus succedendi erwirbt, zu einer Gegenleiſtung ſich verpflichtet, der hingegen, welcher auf ein jus succedendi verzichtet, dafür ein Aequivalent empfängt, oder nicht. Vgl. Mühlenbruch Comm. §. 1425. f. S. 73. Als Aequivalent, welches in dieſen Fällen zu gewähren iſt, kommt vor, die Verpflichtung zu Alimenten oder andern wiederkehrenden Leiſtungen, welche die Natur der Alimente haben. Aber es kann auch der Gegenſatz eine beſtimmte einfache Leiſtung ſeyn. Daß eine ſolche Gegenleiſtung, die dem Paciſcenten ſelbſt gewährt wird, bei den erwerbenden Erbverträgen mit dem Nachlaß des Paciſcenten wieder auf den Geber fallen kann, hebt den Begriff eines oneroſen Vertrags nicht auf, inſofern es für den Geber immer ein onus bleibt für einen künftigen Vortheil, ſchon gegenwärtig etwas zu gewähren. Am allerwenigſten dann, wenn in Anſehung der Gegenleiſtung dem Empfänger das volle Dispoſitionsrecht verbleibt. Bei erwerbenden Erbverträgen kann übrigens der Gegenſatz in dem wechſelſeitig zugeſtandenen Erbrecht beſtehen; pacta de mutua successione.

b) Stryck a. a. D. c. 1. §. 10.

§. 830.

I. In dem erſtern Falle, wenn nämlich der Erbvertrag den Nachlaß einer dritten nicht mit contrahirenden Perſon zum Gegenſtande hat, ergiebt ſich von ſelbſt, daß hierdurch nicht erſt ein Erbrecht bewirkt werden könne, ſondern daß vielmehr deſſen Abſicht ſey, zu beſtimmen, wie es auf den Fall, da einem der Contrahenten entweder überhaupt eine Erbſchaft ohne Beſtimmung, von wem? (pacta de hereditate tertii incerti) oder von einer gewiſſen beſtimmten Perſon (p. d. h. t. certi) durch Vertrags-, Teſtaments- oder geſetzliche Erbfolge zufallen würde, mit dieſer Erbſchaft gehalten werden ſolle [a]). Solche Verträge ſind

heutiges Tages ohne Unterſchied verbindlich [b]), und, da ihr Zweck gemeiniglich dahin geht, daß der eine Contrahent nach erfolgtem künftigen Anfall der Erbſchaft des dritten dieſelbe ganz oder zum Theil dem andern Contrahenten, oder auch einer nicht mit contrahirenden Perſon ausantworten, oder ſonſt auf gewiſſe beſtimmte Weiſe verwenden ſoll, ſo werden ſie nach dieſen verſchiedenen Rückſichten auch pacta dispositiva und restitutiva genannt [c]).

a) Stryck a. a. O. Cap. 2. §. 3. seqq.; vgl. über dieſen Gegenſtand G. de Hahn de auctoritate pacti de hered. tertii ex jure rom. et german. Heidelb. 1832. Daß, die Gültigkeit eines ſolchen pactum vorausgeſetzt, durch daſſelbe nie eine successio universalis begründet werde, lehrt Haſſe a. a. O. S. 222. Hahn diss. l. §. 8. 10. Beſeler a. a. O. Th. 3. S. 328. Der Gegenſtand des Vertrags iſt nicht das Erbrecht, ſondern die Erbſchaft. So lange die Erbſchaft dem einen Paciſcenten noch nicht angefallen iſt, hat derſelbe nur eine spes erworben. Iſt ſie angefallen, ſo erhält der andre Paciſcent eine perſönliche Klage gegen den erſteren; und iſt endlich die angefallene Erbſchaft dem Paciſcenten abgetreten, ſo tritt er in daſſelbe Verhältniß wie ein emtor hereditatis, Hahn diss. l. §. 11. 14.

b) Nach römiſchem Recht waren die pacta de hereditate tertii, ſofern dieſer eine gewiſſe Perſon war, bloß dann, wenn er ſelbſt mit eingewilligt hatte, verbindlich, außerdem aber ungültig, l. 2. §. 3. D. de his, quae ut ind. l. 29. §. 2. l. 30. D. de don. (welche jedoch nach dem ſächſ. Erbg. §. 104. 105. ihre Bedeutung verloren zu haben ſcheinen) l. 30. C. de pact., über welche zu vergleichen Ludewig in diss. l. cap. 3. Hahn §. 23. 24. Hingegen war der Vertrag gültig, wenn derſelbe über die Erbſchaft einer dritten ungewiſſen Perſon, mithin bloß auf den Fall, wenn einem der Contrahenten irgend eine Erbſchaft, ohne zu beſtimmen, von wem, zufallen würde, abgeſchloſſen ward. Arg. l. 3. §. 1. 2. D. pro soc. Daß auch noch h. z. T. auf dieſen Unterſchied Rückſicht zu nehmen ſey, behaupten Carpzov p. II. c. 55. def. 19. H. Piſtoris IV. qu. 1. n. 5. Berger Oec. II. IV. 48. 1. Stryck a. a. O. §. 6. sq. Leyſer Sp. 375. m. 27. Ludewig diss. l. c. 4. 5. 6. Haſſe a. a. O. Hahn diss. l. §. 36. sqq. mit mehrern andern not. 119. angef., zu denen noch Pütter Rechtsf. III. 258. IV. 391. Mittermaier §. 402. Eichhorn §. 341. Maurenbrecher §. 560. hinzugefügt werden können. Die meiſten dieſer Rechtslehrer gehen von der Anſicht aus, daß pacta de hered. tertii nicht als eigentliche Erbverträge anzuſehen ſeyen, und in Beziehung auf ſie das röm. Recht durch

kein deutſches Geſetz oder eine allgemeine Gewohnheit verändert worden ſey. Der entgegengeſetzten richtigern Meinung ſind Schilter Ex. VIII. §. 40. Ex. XXX. §. 60. Hommel Obs. 59. Tob. Jac. Reinharth de pacto circa hereditatem tertii ignorantis bonis moribus non refragante. Erf. 1718., der jedoch in den Anmerkungen ad Christinaeum I. obs. 12. ſeine Meinung geändert hat, Hofacker §. 1402. Haubold ad Berg. Oec. l. l. not. i. Wernher p. IV. obs. 232. Overbeck Med. VI. 324. Müller. ad L. obs. 580. Danz a. a. O. S. 385. u. a. bei Hahn dis. l. not. 119. angeführt. Die hier beſtrittene Frage iſt namentlich zur Erörterung gekommen bei dem Vertrag über das Vermögen eines Abweſenden, welches die präſumtiven Erben unter ſich zu theilen beabſichtigten; vgl. Stryck l. l. §. 17. 18. Schmidt Rechtsſpr. n. 4. Kapf merkwürd. civil. Rechtsſprüche der Gerichtshöfe Würtembergs. Tübingen 1821. n. 6. Endlich ſind Haſſe a. a. O. S. 224. und mit ihm Maurenbrecher §. 560. der Meinung, daß auch die pacta de hereditate tertii ohne allen Unterſchied nach römiſchem Recht verboten geweſen ſeyen und das Verbot noch beſtehe. Der Letztere ſtützt ſich vornehmlich auf l. 4. C. de inut. stip., die aber denn doch auf ſolche pacta, welche das Erbrecht zum Gegenſtand haben, beſchränkt werden zu müſſen ſcheint. Der erſtere nimmt jedoch in dem Fall, wenn der Dritte, über deſſen Erbſchaft paciſcirt worden iſt, eingewilligt hat, eine Art fideicommiſſariſcher Verfügung an, welche dem pactum Gültigkeit verleihet. Wenn nun nach den Anſichten des römiſchen Rechts Alles auf den consensus tertii ankommt; ſo iſt natürlich darauf zu ſehen, ob der Conſens richtig erklärt worden ſey. Daß auch tacitus consensus, wofür aber die bloße scientia nicht gilt, hinreiche, behauptet Stryck l. l. §. 21. Zweifelhafter iſt allerdings die Frage, ob ein ohne Zuſtimmung des tertius abgeſchloſſener Vertrag durch Ratihabition des Dritten Gültigkeit erlange? die jedoch von Stryck l. l. 20. ebenfalls mit Recht bejahet zu werden ſcheint. Daß der Conſens des Dritten fortgedauert habe, iſt zur Gültigkeit des Vertrags nicht erforderlich; obwohl in der von dem Dritten erklärten Zuſtimmung noch keinesweges die unwiderrufliche Erklärung dem einen Paciſcenten die Erbſchaft zu hinterlaſſen, ein Verzicht auf anderweitige dispositio m. c. liegt; mit andern Worten: kein acquiſitiver Erbvertrag zwiſchen dem tertius und dem, welcher deſſen Erbſchaft anzutreten verſprochen hat, angenommen werden kann. Stryck l. l. §. 25. Aus dieſem Grund iſt denn auch kaum nöthig, mit der Art und Weiſe der Willenserklärung, Zuſtimmung der Vormünder von Minderjährigen, welche die annos pubertatis erreicht haben, Curatoren der Frauensperſonen es ſo genau zu nehmen, wie Stryck l. l. §. 21. anzunehmen ſcheint. Welche Wirkung der zurückgenommene Conſens

des tertius unter den Paciſcenten habe? dies ſcheint in der Regel nach den Grundſätzen des Vertrags über spes und res sperata beurtheilt werden zu müſſen, mithin in der Regel Zurückforderung des gewährten oder Zurückbehaltung des verſprochenen Aequivalents nicht Statt zu finden, wenn es nicht ausdrücklich bedungen worden iſt.

c) Auch von einem pactum renunciativum in Bezug auf die Erbſchaft eines Dritten ſprechen H. Piſtoris quaest. IV. 6. n. 40. Carpzov p. II. c. 35. def. 10. 11. Hahn diss. I. §. 12—15. 27. 40., und achten dies ſowohl nach römiſchem als nach deutſchem Recht für gültig. Wenn zu Folge deſſen, was der letztgenannte Rechtslehrer §. 6. 12. lehrt, in einem ſolchen pact. renunciativum eine anticipirte renunciatio hereditatis liegt, ſo muß wenigſtens nach röm. Recht die Gültigkeit eines ſolchen pactum gar ſehr bezweifelt werden; vgl. l. 13. pr. §. 1. 2. l. 18. 94. de D. acqu. her. Und da dieſe Beſtimmungen durch nichts aufgehoben worden ſind, ſo erſcheint ſelbſt nach heutigem Recht die Gültigkeit des ſo begründeten pact. succ. de hereditate tertii problematiſch. Es muß alſo wohl ein andrer Grund der Gültigkeit ſolcher Art Verträge ſich nachweiſen laſſen, und dafür läßt ſich ſchwerlich ein anderer, als der allgemeine, die nach heutigem Recht in weit größerm Umfange als bei den Römern anerkannte verbindliche Kraft der Verträge, annehmen. Was das ſächſ. Erbgeſetz §. 111. verordnet, iſt bloß von dem Verzicht auf eine geſetzlich deferirte Erbſchaft zu verſtehen.

§. 831.

II. Anlangend diejenigen Erbverträge, welche die künftige Erbſchaft eines oder mehrerer oder ſämmtlicher Contrahenten zum Gegenſtande haben*), ſo gehört vorzüglich hierher 1) der Vertrag, wodurch der eine Contrahent auf den künftigen Nachlaß des andern Contrahenten ein Erbrecht erlangt, welches er vorher nicht hatte (pactum adquisitivum)[a]); 2) derjenige Vertrag, wodurch der eine Contrahent ein auf des andern Nachlaß ihm ſchon zuſtändiges Erbrecht ſich deſto mehr verſichert und befeſtigt (pactum conservativum)[b]); 3) der Vertrag, wodurch ſich ein Contrahent gegen den andern, einſeitig oder wechſelsweiſe, verbindlich macht, ſeinen eignen Nachlaß künftig einer dritten, nicht mit contrahirenden, Perſon zu hinterlaſſen (pactum dispositivum)[c]); 4) der Vertrag, wodurch ſich der eine Contrahent anheiſchig macht, die Erbſchaft, welche er von dem andern Contrahenten durch Vertrags-, Teſtaments- oder geſetzliche

Erbfolge zu hoffen hat, dereinſt einer dritten nicht mit contrahirenden Perſon wieder abzutreten (pactum restitutivum)[d]). Endlich 5) der Vertrag, wodurch Jemand auf ein künftig ihm zuſtehendes Erbrecht Verzicht leiſtet (pactum renunciativum)[e]).

*) Ueber das Geſchichtliche dieſer Erbverträge vgl. Danz a. a. O. §. 660. Mittermaier §. 401. Maurenbrecher §. 561.; vorzüglich aber Eichhorn deutſche Staats- und Rechtsgeſch. II. §. 374. III. §. 454. 455. IV. §. 571. Haſſe a. a. O. §. 3. S. 165., ingleichen die angefügte Schrift von Beſeler. Das Ergebniß der Forſchungen, namentlich der neuern Rechtslehrer, iſt, was insbeſondere acquiſitive Erbverträge anlangt, daß nach älterm deutſchen Recht eben ſo wenig durch Vertrag als durch Teſtament über die Verlaſſenſchaft eines Individuums disponirt werden konnte, daß vielmehr die Theorie über Erbverträge erſt ſpäter durch die Juriſten begründet und ausgebildet worden, und ſo mehr oder weniger vollſtändig in die Particulargeſetzgebungen übergegangen iſt. Die Anſicht von Cocceji jus controv. II. 14. qu. 34., welcher auch nach heutigem gem. Recht Erbverträge für unverbindlich erklärt, hat, wenigſtens in neuerer Zeit, keine Anhänger gefunden und iſt von Emminghauß ad l. l. not. c. widerlegt worden. Was namentlich Sachſen betrifft, ſo ſpricht ſich noch in den Schriften der Conſultatoren die Anſicht aus, daß durch Verträge eine successio universalis nicht übergetragen werden könne; vgl. Consult. tom. III. qu. 32. Mindan. IV. qu. 132. Nur in der Form einer donatio omnium bonor. m. c. facta erkannte man eine ſolche Dispoſition als gültig an. Dies nahm man ſelbſt bei den ſogenannten Eheverträgen, pacta dotalia, an. Dieſe ſollten nur auf Beſtellung und Rückgabe der dos, donatio propter nuptias u. dergl., nicht aber auf Erbfolge ſich beziehen, und wenn über letzteres dennoch disponirt worden war, in vim ultimae voluntatis nur dann für gültig erachtet werden, wenn die Form der donatio m. c. beobachtet worden oder gerichtliche Inſinuation hinzugetreten ſeyn würde; vgl. c. 35. 43. p. II. const. 1. p. III. consult. tom. I. p. 1. qu. 4. 9. resp. Scab. 117. tom. II. p. 1. qu. 4. et 14. Mindan. I. 39. 173. 174. Ein ausdrückliches Anerkenntniß der Gültigkeit von Erbverträgen enthält erſt dec. 13. v. J. 1746.; vgl. Haubold ſächſ. P. R. §. 32. not. d. Unter den ältern ſächſ. Juriſten, welche mit den Erbverträgen ſich beſchäftigt haben, zeichnet ſich beſonders H. Pistoris in quaest. IV. qu. 1—4. aus; vgl. übrigens Kind I. qu. 54. Ueber Recht- und Zweckmäßigkeit der Erbverträge hat Stryck succ. ab int. VIII. c. 12. 13. 14. ſich verbreitet. — Iſt nun aber gleich ausgemacht, daß Erbverträge gelten, und zwar als modus deferendi hereditatem

gelten, ſo giebt es dennoch verſchiedene Meinungen theils über die Form ſolcher Verträge, theils darüber, ob durch ſelbige ein jus succedendi gerade ſo, wie bei der gemeinrechtlichen teſtamentariſchen und geſetzlichen Erbfolge, alſo namentlich mit den Beneficien der Erben, mit dem jus transmittendi u. dergl. übergetragen werde. Davon weiter unten das Nöthige.

a) Stryck a. a. O. Cap. 4. Zu dieſer Art von Erbverträgen gehören vorzüglich die Eheſtiftungen, von welchen wir im 1ſten Th. (§. 133. sqq.) gehandelt haben (vgl. auch Stryck succ. ab int. l. l. cap. 5. Glück Comm. XXV. §. 1426. sqq. XXXVIII. §. 1425. f. S. 107. Haſſe a. a. O. §. 190. 201.). Beſeler a. a. O. Th. 3. §. 18. 19. und die Einkindſchaft (unio prolium). Man verſteht darunter einen Vertrag, welchen Ehegatten, deren jeder aus einer vorhergegangenen Ehe Kinder erzeugt hat, dahin abſchließen, daß die einander zugebrachten Kinder nebſt den aus der anzutretenden Ehe noch zu hoffenden Kindern in Abſicht auf die künftige Erbſchaft beider Ehegatten einander dergeſtalt gleichgeſtellt werden, als wären ſie alle aus dieſer Ehe erzeugt worden. F. A. Hommel D. de genuina unionis prolium indole extra casum legis et observantiae specialis. Lips. 1726. W. G. Tafinger über die Lehre von der Einkindſchaft. Nürnb. 1785. Stryck l. l. cap. 6. caut. contr. XXI. W. Runde D. P. R. §. 673. und Danz Comm. VIII. S. 137. ff. Eichhorn §. 348. Mittermaier §. 321. ff. Maurenbrecher §. 512. Ch. F. Schmidt summa capita doctr. de unione prol. Erl. 1785. Gmelin und Elſäſſer gemeinn. Beob. u. Rechtsfälle. I. 22. J. F. C. Rose de genuina union. prolium indole. Götting. 1800. C. L. Hertel über die Einkindſchaft. Gieß. 1818. A. F. Ringelmann über hiſtor. Ausbildung und rechtl. Natur der Einkindſchaft. Würzb. 1825. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1425. f. S. 100., welcher beſonders den Einfluß der unio prolium auf Notherbenrechte hervorhebt. Beſeler a. a. O. Th. 3. §. 20. 21. S. 150. ff. Es wird aber zur Gültigkeit eines ſolchen Vertrags außer der Einwilligung der zu vereinenden Kinder, oder, wenn ſie noch unmündig ſind, ihrer Vormünder und der nächſten Verwandten auch die Unterſuchung des Richters, ob ſolches den Kindern zuträglich ſey, und deſſen Beſtätigung erfordert. Berger Oec. L. I. T. III. th. 14. not. 1. Carpzov V. resp. 6. Pufendorf T. I. Obs. 200. §. 25—47. III. 114. IV. 191. Pütter Rechtsf. I. 43. Böhmer Rechtsf. I. 56. 70. Horn resp. III. 15. Ringelmann §. 25. ff. Die Wirkung dieſes Vertrags iſt, daß die ſämmtlichen Kinder beide Eltern zu gleichen Theilen beerben, dafern nicht etwa bei zu großer Ungleichheit des Vermögens den Kindern, welche hierdurch verletzt werden möchten, etwas Gewiſſes zum voraus beſtimmt worden. Hingegen ſteht den Stiefeltern (obſchon Tafinger

a. a. O. §. 38. das Gegentheil behauptet) ſo wenig, als den zuſammengebrachten Kindern, unter einander ein gegenſeitiges Erbrecht zu, dafern ſolches nicht ausdrücklich bedungen worden. Runde's Grundſ. §. 676. und dazu Danz Comm. l. l. A. F. Schott. diss. an liberi uniti mutua inter se success. fruantur. L. 1778. Eichhorn §. 348. Hertel §. 13—15. Ringelmann §. 34. ff. Eine Beſchränkung des Rechts der Eltern inter vivos zu disponiren, wird aber durch dieſe Art des Erbvertrags eben ſo wenig als bei andern Erbverträgen herbeigeführt, inſofern nicht die Grundſätze über communio bonorum, da wo die Fortſetzung derſelben Zweck des Vertrags war, im Wege ſtehen; vgl. Hertel §. 16. 17. Ringelmann §. 32. Maurenbrecher §. 514. Mittermaier §. 322. IV. Pütter Rechtsf. I. 54. Berger l. l. not. 9. Dagegen iſt das Recht der Eltern mortis caussa zu disponiren beſchränkt, Berger l. l. not. 9. Leyſer sp. 20. n. 7. Hommel obs. 500. Müller. ad L. obs. 99. A. M. iſt J. H. Reuter. de jure testandi unientibus post initam unionem prolium compel. et caussis, quare non ubique unio prol. frequens occur. Hal. 1750. und mit mancherlei Modificationen Breuning. an unio adimat. jus test. paciscentibus. L. 1771.; vgl. Hertel §. 17. Ringelmann §. 33. Böhmer Rechtsf. I. 57. Mittermaier a. a. O. n. VI. VII. Das Recht der Enterbung ſteht zwar den Eltern in Beziehung auf leibliche, nicht aber in Anſehung der zugebrachten Kinder zu, Pütter a. a. O. Eichhorn §. 348. Mittermaier a. a. O. VIII. Daß die unio prolium nicht bloß auf bona praesentia der Eltern, ſondern auch auf bona futura ſich beziehe, behauptet Berger l. l. not. 10.; vgl. Hertel §. 8. Uebrigens afficirt unio prolium nicht bloß die bona, ſondern ſie ſtellt auch zwiſchen Eltern und den zugebrachten Kindern das Verhältniß der elterlichen Gewalt, wenn gleich nicht die ſtrenge väterliche Gewalt der Römer her; vgl. Berger not. 10. Müller obs. 99. Böhmer Rechtsf. I. 70. Ringelmann §. 30. Aufgehoben wird das durch unio prolium hergeſtellte Verhältniß, 1) durch den Tod α) der unirten Eltern. Der Tod eines derſelben hebt für den Ueberlebenden das Verhältniß nicht auf, ſo lange der Letztere nicht zur zweiten Ehe verſchreitet; Berger l. l. n. 6. 15. Hertel §. 18. 21. Ringelmann §. 36.; β) wenn die unirten Kinder den Anfall der elterlichen Erbſchaft nicht erleben, Lyncker dec. 752. Bülow und Hagemann Erört. IV. 71. Nimmt man an, daß zu Eingehung einer unio prolium nicht gerade das Daſeyn von Kindern auf Seiten des neuen Ehegatten erforderlich ſey, wie dies Berger not. 8. wirklich annimmt, ſo hört die unio prolium auch auf, wenn aus der nachfolgenden Ehe keine Kinder erzeugt werden; Runde §. 677. Tafinger §. 36.; a. M. ſind jedoch Berger ſelbſt l. l. Mittermaier §. 323. Danz Comm.

a. a. O. S. 197. not. a. S. 246. Hertel §. 27. 29. Ringelmann §. 36. S. 100. Daß das Abſterben der ſogenannten Vorkinder keinen Einfluß auf die unio habe, ſ. Hertel §. 28. 29.; 2) wegen Scheidung, Hommel obs. 471. Hertel §. 20. Ringelmann §. 37.; 3) durch wechſelſeitige Einwilligung; Hertel §. 19. Daß dazu die bloße Einwilligung der Eltern nicht hinreiche, ſ. Berger l. l. not. 9.; nach Hommel diss. l. §. 2., welcher die unio prolium bloß als pactum der Eltern anſieht, würde freilich das Gegentheil angenommen werden müſſen; 4) auf einſeitigen Antrag von Seiten der Kinder, wegen verſchwenderiſchen Lebens der Eltern, oder übler Behandlung, Hertel §. 22. 23. Ringelmann §. 38., und von Seiten der Eltern wegen Undankbarkeit der Kinder, Hertel §. 23. Ringelmann §. 38. — Ueber das Befugniß Reſtitution namentlich wegen Verletzung zu ſuchen; vgl. Lyncker dec. I. 18. Berger not. 13. Hertel §. 25. 26. Ringelmann §. 40. Ueber die Art und Weiſe der Auseinanderſetzung bei aufgehobener unio prolium; und namentlich über die Frage, ob, wenn unio prolium in den Fällen 2. und 4. aufgehoben wird, rescissio ex nunc oder ex tunc Statt finde, muß auf Hertel §. 24. 30. Ringelmann §. 41. verwieſen werden. — Vieles iſt rückſichtlich dieſes Inſtituts, welches am häufigſten da vorkommt, wo communio bonorum unter den Eheleuten gilt, vgl. Reuter diss. l. §. 33., beſtritten. In Sachſen iſt es zwar nicht, wie Helfeld doctr. pand. §. 1666. meint, abgeſchafft, es kommt aber nur ſelten vor, und der Fall bei Carpzov V. resp. 6. iſt der einzige, welchen Referent als einen in den ſächſiſchen Landen zur Sprache gekommenen anzuführen weiß.

b) Stryck a. a. O. Cap. 3. H. Piſtoris IV. qu. 4. G. H. Struv. de pacto hered. conservativo. Jen. 1680. Berger Oec. II. 4. 48. not. 3. Der Zweck dieſer Art der Erbverträge iſt, ein bereits zuſtändiges Erbrecht zu ſichern. Sie ſind daher nur da von Nutzen, wo die Möglichkeit des Verluſtes für daſſelbe vorhanden iſt. Aber genau betrachtet ſind die eigentlichen pacta successoria conservativa auf den Fall zu beſchränken, wenn Umſtände vorhanden ſind, aus denen Verzicht auf ein erlangtes Erbrecht gefolgert werden könnte, wo ſie denn die Stelle einer Proteſtation vertreten. In dieſer Geſtalt kamen ſie vor bei Theilungen von Gütern, welche auf mehrere Miterben vererbt worden waren; insbeſondere als Acceſſorien eines pacti renunciativi bei Abfindung von Töchtern, wenn dieſe die zu Gunſten des Mannsſtamms aufgegebene Succeſſion für gewiſſe Fälle ſich vorbehielten. In allen andern Fällen gelten ſie entweder gar nicht als Erbvertrag, oder ſie ſind eine Art des pact. acquisitivum. Das Erſte gilt von dem Vertrag, in welchem ein Notherbe, den der Erblaſſer aus einem beſtimmten Grund zu enterben berechtigt war, von dem Letztern

ſich verſprechen läßt, von dem vorhandenen Enterbungsgrund keinen Gebrauch zu machen. Denn dadurch wird die libertas testandi nicht aufgehoben. Das Letztere iſt anzunehmen, wenn ein geſetzlicher oder der in einem Teſtament eingeſetzte Erbe dies Erbrecht (wenn man die Ausſicht auf eine noch nicht deferirte Erbſchaft ſo nennen kann) ſich durch Vertrag verſichert läßt; vgl. Hofacker §. 1394. not. a. Hombergk. de qualitate reali, quae pactis successor. inest et effectibus ejus. Marb. 1754. §. 8.

c) Ebendaſ. Cap. 9.; vgl. Hofacker l. l. not. b. Haſſe S. 153.

d) Ebendaſ. Dieſe Art der Erbverträge wird auch mit dem Namen fideicommissa conventionalia bezeichnet; ein Ausdruck, der wahrſcheinlich nur darum gewählt ward, um über die Bedenklichkeit hinwegzukommen, ob der Dritte aus einem dergleichen Vertrage Rechte erwerben könne; vgl. Knipſchild de fid. tom. II. 3. VI. 26. Stryck caut. test. XX. 1. 18. us. mod. II. 14. §. 21. Epping. de fid. convent. Marburg. 1692. Harpprecht. de fid. convent. in deſſen coll. diss. II. 52. Leyſer sp. 402. J. H. Böhmer in der §. 807. not. a. angef. diss. Hommel obs. 204. Haſſe a. a. O. S. 153. Daß bei den ſogenannten fideic. convent. kein Abzug der Qu. Trebell. oder Falcidia Statt finde, ſ. Knipſchild VI. 169. Cramer obs. jur. un. II. 470. Harpprecht diss. l. §. 41. Stryck l. l. §. 25. 26. Pufendorf II. obs. 38. Hommel obs. 204. Müller. ad L. obs. 628. Hübner diss. l. p. 148. Die Frage übrigens, ob der Dritte aus dem Erbvertrag Rechte erwerben könne, kommt ſowohl bei reſtitutiven als dispoſitiven Erbverträgen vor, und wird von denen, welche annehmen, daß aus einem Vertrag nach deutſchem Recht auch ein Dritter Rechte erwerben könne, unbedenklich bejahet; vgl. Handb. III. §. 1282. Homberg. diss. l. §. 12.; wogegen indeß zu vergleichen Mittermaier §. 186. Eichhorn §. 92. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1425. f. S. 68. Was insbeſondere Erbverträge betrifft, bei denen ein Dritter bedacht worden iſt, ſ. Stryck us. mod. II. 14. 21. Harpprecht diss. l. §. 15—18. Böhmer diss. l. II. 10. Pütter Rechtsf. IV. 401. Runde §. 661. und dazu Danz Comm. VII. p. 389. Maurenbrecher §. 564. Eichhorn §. 341. Eine andre Frage iſt, ob der Paciſcent, welcher zu Gunſten des Dritten disponirt hat, nicht ein Recht von dem Vertrag abzugehen, wenigſtens ſo lange habe, als der Dritte nicht acceptirt hat? Eine Frage, deren verneinende Beantwortung durch l. 76. D. de R. I. allein ſchwerlich gerechtfertigt werden dürfte; vgl. Hommel obs. 320. n. 2. Oefters werden mehrere dieſer Verträge mit einander verbunden. Wenn z. B. Ehegatten mittelſt einer Eheſtiftung einander ihr geſammtes Vermögen auf den Todesfall verſchreiben, und dabei verordnen, daß nach des Ueberlebenden Tode nicht nur deſſen eignes, ſondern auch das von

dem vorher verſtorbenen Ehegatten ererbte Vermögen einer gewiſſen Perſon zufallen ſolle, ſo begreift ein ſolcher Vertrag zugleich ein pactum adquisitivum, dispositivum und restitutivum in ſich. Auch kommen Erbverträge als pacta adjecta andrer Verträge vor; z. B. bei Verkäufen von Immobilien, wenn der Verkäufer die Kaufſumme gewiſſen Perſonen als Erbtheil anweiſet; vgl. Biener qu. 75. in opusc. II. p. 287.

e) Hub. Giphau tr. de renunc. cap. 6. in Schilter. tract. praecip. de renunc. Arg. 1701. Stryck a. a. O. Cap. 10. Zoller de eo, quod just. est c. pacta succ. renunc. L. 1772. H. G. Bauers D. de pacto hereditatis renunciativo. Lips. 1780. Nach dem röm. Rechte waren alle dieſe Verträge ganz ungültig, l. 61. D. de verb. oblig. l. 94. D. de adqu. v. omitt. hered. l. 15. l. 19. C. de part. l. 4. C. de inutil. stipulat. l. 3. C. de collat. l. 35. §. 1. C. de inoff. testam.; vgl. über die mancherlei wahren und Scheingründe für dieſe Beſtimmungen, welche indeß auf pacta conservativa nicht anwendbar ſind, Struv. diss. l. III., Stryck l. l. c. 12. Glück Pand. IV. 304. Haſſe a. a. O. S. 154. Hahn diss. l. §. 25.; vgl. auch Madihn princip. de success. §. 191—198.

§. 832.

Soweit Jemand ſich mittelſt eines Vertrags verbindlich zu machen fähig iſt, ſo weit iſt er auch berechtigt, einen Erbvertrag gültiger Weiſe zu ſchließen[a]), vorausgeſetzt nur, daß er auch über diejenigen Sachen, oder das Vermögen, welches den Gegenſtand des Erbvertrags ausmacht, nach freier Willkür zu disponiren befugt ſey[b]). Unmündige können einen Erbvertrag andrer Geſtalt nicht, als mit Einwilligung des Vormunds und Genehmigung des Richters, welcher den Vormund beſtellt, gültiger Weiſe abſchließen[c]). In Anſehung der Weibsperſonen iſt Beitritt des Geſchlechtsvormunds erforderlich[d]).

a) Schilter und Reinharth a. d. a. OO. Runde §. 660. Daß aber auch das Befugniß, mortis caussa zu disponiren, auf Seiten deſſen, der ſeine Erbſchaft dem Andern zuſagt, erforderlich ſey, ſ. Eichhorn §. 342. In Anſehung deſſen, welchem die Erbſchaft des Andern zugeſagt wird, ſcheint freilich bloß Fähigkeit zu erwerben, nicht test. factio passiva, nöthig. Hübner l. l. p. 141. Vorausgeſetzt müßte aber dennoch ein Erwerb werden, der den Erwerbenden zu nichts, nicht einmal zu dem Antritt der Erbſchaft, inſofern dieſe auch Verpflichtungen mit ſich führt, nöthigt.

b) So z. B. hätte bei einem zwiſchen Ehegatten errichteten Erbvertrage der überlebende Ehemann keine Anſprüche auf die Gerade machen können, wenn auch gleich der Vertrag in Anſehung der geſammten Erbſchaft geſchloſſen worden wäre.

c) Vorm.=Ordn. v. J. 1782. XIII. §. 14. Ueber prodigi vgl. V.O. XXIV. 14. Gottſchalk disc. I. 5. S. 62. Die Meinung von Canngießer dec. 107., daß ein von einem Unmündigen über ſeinen Nachlaß ohne Vormund abgeſchloſſener Erbvertrag ſchon dann kräftig werde, wenn der Unmündige denſelben nach erlangter Majorennität nicht revocirt, iſt unbegründet.

d) Hommel obs. 25. Kind tom. I. qu. 50. S. 350. Curatel=Geſ. v. 10. Novbr. 1828. (G.S. n. 41.) §. 3. n. 3. Gottſchalk disc. I. 5.; vgl. auch Bauer resp. 160. L. 1804. p. 9. In neueſter Zeit hat auch das ſich geändert; vgl. I. §. 370.

§. 833.

In Abſicht auf die äußere Form eines Erbvertrags bemerken wir: 1) daß zwar die gerichtliche Beſtätigung nicht zum Weſen eines ſolchen Vertrags gehöre, jedoch aber des künftigen Beweiſes halber höchſt rathſam ſey [a]). 2) Wenn Töchter auf eine künftig nach Erbgangsrecht ihnen zufallende Erbſchaft Verzicht leiſten, ſo muß ſolches eidlich geſchehen [b]).

a) Hommel Obs. 320. (ſpricht bloß von Eheſtiftungen). S. jedoch Hommel obs. 638. Bauers Erläut. d. 13. Deciſion v. J. 1746. §. 21. 22. Kind I. 54. p. 390.; vgl. C. G. Mertens de confirm. jud. pact. succ. e princip. jur. sax. necess. L. 1827. v. Hartitzſch n. CLXIX. J. W. III. 54. n. 2. VI. 129. In Sachſen iſt nach der angef. dec. 13. confirmatio nicht bloß rathſam, ſondern nothwendig, um das jus disponendi über Immobilien auszuſchließen. Zu gleichem Zweck wird in Anſehung der Activforderungen gerichtliche Notification an den Schuldner nöthig; vgl. den folgenden §. Im Uebrigen erforderte ſchon c. 43. p. II. bei Ehepacten, in welchen über die Erbfolge disponirt ward, entweder Zuziehung von fünf Zeugen oder gerichtliche Inſinuation. Eben ſo iſt nach c. 1. p. III. zur Gültigkeit einer donatio omnium bonor. m. c. facta nöthig, daß ſie gerichtlich geſchehen ſey. Endlich ſcheint die Stelle des Sachſenſp. II. 30., über welche Stelle zu vergleichen Mertens diss. l. III. §. 5. 6. Weiske Grundſ. des D. P. R. nach dem Sachſenſp. L. 1826. §. 21. ganz allgemein die Nothwendigkeit der gerichtlichen Beſtätigung von Erbverträgen auszuſprechen. Aus alle dem möchte hervorgehen, daß in Sachſen zu der Form der acquiſitiven Erbverträge gerichtliche Beſtätigung allerdings erforderlich iſt, wenn ſchon Berger Oec. I. 3. 11. und

resp. I. 202., dem namentlich noch in neuerer Zeit die Wittenberger Spruchcollegien beipflichteten; vgl. Martin Jahrbücher der Geſetzg. und Rechtspflege in Sachſen I. 15. §. 2.; anderer Meinung iſt, und die Praxis dieſer Meinung ſich anſchließt; vgl. Bauer Erl. z. Dec. 13. §. 21. 22. Mertens diss. l. III. §. 3. sqq. Gottſchalk disc. II. 27. pag. 325. Was das gemeine Recht anlangt, ſo ſind mit Ausnahme von C. W. Strecker de doctr. succ. pact. ejusque usu et abusu in German. Erff. 1738. Hommel l. l. faſt alle Rechtslehrer einverſtanden, daß acquiſitive Erbverträge weder einer gerichtlichen Confirmation noch einer Inſinuation bei Gericht, noch überhaupt einer Form bedürfen; vgl. Canngießer dec. 102. Weſtphal D. P. R. II. 71. und das angef. resp. 105. 106. Pütter Rechtsf. III. 258. Runde §. 660. und dazu Danz Comm. VII. S. 384. ff. Mittermaier §. 402. Maurenbrecher §. 561. Eichhorn §. 342. (der indeß wenigſtens scriptura erfordert.) So hat ſich denn die höchſt ſonderbare Theorie gebildet, daß während bei wiederruflichen Dispoſitionen auf den Todesfall eine Menge Solennitäten beobachtet werden müſſen, unwiederrufliche Dispoſitionen derſelben Art an gar keine Solennität gebunden ſeyn ſollen. Allerdings hat man Recht, daß es an einer ausdrücklichen und allgemein gültigen Beſtimmung fehlt, welche für Erbverträge eine beſtimmte Form vorſchriebe; denn was in dem Schwabenſp. c. 311. zu leſen iſt, das ſcheint ſich auf gewöhnliche donationes m. c. zu beziehen. Aber befremdend bleibt doch jeden Falls, daß nicht auch hier wie in andern Fällen die Praxis einer mangelhaften Geſetzgebung zu Hülfe kam; vgl. Haſſe a. a. O. pag. 196. fg. Da wo übrigens Concurrenz des Richters zur Gültigkeit eines acquiſitiven Erbvertrags erfordert wird, ſcheint jeden Falls daſſelbe beobachtet werden zu müſſen, was bei einem gerichtlichen Teſtament zu beobachten iſt; vgl. Pütter Rechtsf. III. 258. Zachariä quaest. XVII. 4.; mithin Verhandlung durch einen Procurator ausgeſchloſſen. A. M. iſt Hübner l. l. p. 139. Es können übrigens pacta succ. acquisitiva auch in der Art vorkommen, daß ſogleich Uebergabe an den Acquirenten erfolgt, und der andre Theil entweder den Nießbrauch behält, wie dies ehedem namentlich bei Geradekäufen und noch h. z. T. bei Mobilienkäufen vorzukommen pflegt, oder dagegen von dem Acquirenten gewiſſe jährliche ꝛc. Leiſtungen loco alimentorum erhält. Jeden Falls muß aber, abgeſehen von aller Form, ein feſt und bündig ausgeſprochener Wille, dem Acquirenten die Erbſchaft zuzuweiſen, vorliegen, und ein bloßes Verſprechen, einen andern m. c. bedenken zu wollen, kann nie als Erbvertrag angeſehen werden; vgl. Eiſenhart Rechtsf. II. 1. Struben r. Bed. II. 54. (325. ed. 2.) Hommel obs. 67. Bauer resp. II. 54. Eichhorn §. 343. Haſſe a. a. O.

S. 206. Daher auch in dem Fall bei Schröder de pactis successor. et eorum valore monita quaedam. L. 1835. ein Verſprechen des A., ſein Vermögen dem B. gegen Gewährung des Unterhalts überlaſſen zu wollen, wohl nicht mit Unrecht für ungeeignet ein pact. success. zu begründen angeſehen ward. Aus ſolchen und ähnlichen zweideutigen Aeußerungen läßt ſich auf die Abſicht einer unwiederruflichen dispositio m. c. keineswegeſ ſchließen, und es iſt unbegründet, wenn Bauer resp. 160. L. 1804. aus c. 43. p. II. folgert, daß bei einem dergleichen Verſprechen in dubio ein Erbvertrag anzunehmen ſey; vgl. Eichhorn §. 347. Zeitſchr. N. F. II. 13. S. 78. J. W. III. 54. n. 5. S. 157. u. 138. Es ſteht daher in dem Fall eines ſolchen vagen Verſprechens dem Promittenten frei, ſeinen Willen zu ändern und auf andre Weiſe über ſeinen Nachlaß zu teſtiren. Allein, auch wenn er eine Willensänderung nicht ausgeſprochen haben ſollte, giebt es für den Promiſſar keinen rechtsbegründeten Anſpruch auf den Nachlaß; vgl. einen hierher gehörigen merkwürdigen Rechtsfall bei Eiſenhart I. 13., wo indeß, man ſieht freilich nicht mit welchem Recht, die Dispoſition als Fideicommiß aufrecht erhalten ward. Ob Entſchädigung wegen der etwa bewirkten Gegenleiſtungen Statt finde, hängt von den Umſtänden ab, vgl. Hommel obs. 67. 241. Es iſt übrigens die Frage, ob ein Erbvertrag anzunehmen ſey: 1) wenn Jemand auf das Recht zu teſtiren ausdrücklich verzichtet. Stryck de caut. cont. III. 6. §. 6. 7. sqq. Struben r. Bed. II. 6. (80. ed. 2.), trägt kein Bedenken dies zu bejahen. Es entſteht hierbei die Frage: wer dann durch ein ſolches Verſprechen eigentlich Rechte erwerbe? Ohne Zweifel wird man ſagen, die Inteſtaterben. Allein hat der Erblaſſer nicht mit Inteſtaterben paciſcirt, ſo kann eine ſolche Erklärung ſchwerlich etwas bewirken. Hat er aber mit dem präſumtiven Inteſtaterben paciſcirt, ſo bleibt immer die Frage, ob er zu Gunſten des Mitpaciſcenten, oder überhaupt zu Gunſten derer, welche bei ſeinem Ableben die nächſten geſetzlichen Erben ſeyn würden, disponirt habe. Das Erſte läßt ſich ohne Weiteres nicht annehmen; in dem zweiten Fall aber müßte man annehmen, daß man ſich durch Vertrag gegen unbeſtimmte Perſonen verpflichten konnte, wenn eine ſolche Erklärung auch den künftigen Inteſtaterben Vortheil gewähren ſollte. Es ſcheint daher richtiger nach Analogie deſſen, was §. 797. not. f. geſagt worden iſt, anzunehmen, daß eine ſolche Erklärung nur dann als Vertrag von Wirkung ſey, wenn ſie zu Gunſten einer beſtimmten Perſon bewirkt worden iſt. 2) Wenn Jemand auf das Befugniß ein bereits errichtetes Teſtament zu ändern verzichtet, ſo liegt eine Dispoſition zu Gunſten des eingeſetzten Erben vor. Daß dieſe Erklärung, die aber freilich nicht bloß als clausula derogatoria in dem Teſtament ſelbſt ent-

halten ſeyn darf, vgl. Kind I. 50. S. 358. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1428. S. 183. als pact. successorium gelte; ſ. Mühlenbruch a. a. O. S. 209. Leyſer sp. 43. m. 6. Bauer Deciſ. 13. §. 8. 9. Bülow und Hagemann Erört. IV. 23. A. M. iſt Eichhorn §. 343., ob er gleich im Ganzen nicht bezweifelt, daß eine teſtamentariſche Dispoſition in eine vertragsmäßige umgewandelt werden könne.

b) C. 2. X. de pact. in 6to. Conſt. 35. Th. II. In dieſem Geſetze wird bloß der Töchter gedacht, daher auch, wenn Mütter oder Schweſtern auf die künftige Erbſchaft ihrer Kinder oder Geſchwiſter Verzicht leiſten, es der eidlichen Beſtärkung nicht bedarf. Berger Oec. II. IV. 48. 5.; vgl. jedoch deſſen resp. II. 249. Wernher P. II. Obs. 430. En. I. 24. Zoller diss. l. §. 4. sqq. Overbeck Med. VI. 324. Müller. ad L. obs. 164. Schott inst. jur. Sax. p. 336. not. 3., obſchon andere Rechtslehrer, z. B. Carpzov P. II. c. 35. d. 7. 8. Mencken pand. II. 14. §. 4. Hommel Obs. 63., der entgegengeſetzten Meinung ſind; vgl. Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 44. v. Hartitzſch n. CLXXIV. Daß Mannsperſonen, welche auf eine künftige Erbſchaft Verzicht leiſten, ſolches nicht eidlich zu beſtärken brauchen, ſcheint ausgemacht, Zoller diss. l. §. 4. sqq. Bauer diss. l. §. 21. Weſtphal Rechtsgutachten n. 37. c. Wieſand observ. juris Rom. et Sax. sp. IX. n. 4. in opusc. p. 122. Hommel obs. laud.; obgleich mehrere ältere, wie H. Pistoris IV. qu. 2. 3. 5. Stryck succ. ab int. VIII. 10. §. 18. sq., auch Leyſer sp. 43. m. 1. 2., welcher Eidesleiſtung wenigſtens der Sicherheit wegen empfiehlt, und Schmidt Abhandl. II. 50. a. M. ſind. Aber auch von Seiten der Töchter iſt die eidliche Beſtärkung bloß dann nothwendig, wenn ſie auf eine künftige, und zwar ab intestato zu hoffende Erbſchaft Verzicht leiſten, keineswegs aber, wenn ſie einer ſchon angefallenen, oder einer aus Verträgen oder letztwilliger Verordnung zu hoffenden Erbſchaft entſagen. Hommel a. a. O. Vgl. über den eigentlichen Sinn der angeführten ſächſ. Conſtitution, die in der That weiter nichts ſagt, als daß ein Verzicht ob laesionem enormem nicht angefochten werden könne, und die verſchiedenen Meinungen der ſächſ. Juriſten Pistoris IV. qu. 1. Berlich p. II. Concl. 43. Carpzov l. l., ſ. Gottſchalk I. 13., nach welchem auch das ehemalige App.-Gericht zu der Gültigkeit eines pact. hered. renunciativum eidliche Verzicht der entſagenden Frauensperſon nicht erfordert hat. Bei andern als renunciativen Erbverträgen iſt der Eid zur Form des Vertrags nicht erforderlich; vgl. Schilter. Exerc. VIII. §. 40. P. B. Gerdes de valore pact. succ. etiam juram. haud confirm. Greifsw. 1739. Struben Nebenſt. V. 32. §. 14. S. 53. rechtl. Bed. II. 68. (77. ed. 2.). Daß übrigens nicht gerade förmliche Eides-

leiſtung erforderlich ſey, ſ. Berger l. l. not. 7. A. M. iſt Leyſer l. l. m. 2. Stryck l. 1. §. 20. 21. — In Anſehung der bloß conſervativen Erbverträge kann man allerdings zugeben, daß dabei eine beſtimmte Förmlichkeit nicht erforderlich ſey.

§. 834.

Was insbeſondere I. diejenigen Erbverträge, durch welche ein Erbrecht erworben wird, anlangt, ſo iſt zuförderſt die Eintheilung derſelben in einfache und ſogenannte pacta successoria mutua s. reciproca, durch welche beide Paciſcenten wechſelſeitig ein Erbrecht ſich bedingen, zu erwähnen[a]). Bei allen dieſen Verträgen hat übrigens ſchon nach gemeinem Recht die Regel: nemo pro parte testatus etc., keine Bedeutung[b]). Was die Wirkungen derſelben betrifft, ſo beſtehen dieſe vornehmlich darin: 1) daß demjenigen, welcher auf ſolche Weiſe ein Erbrecht erlangt hat, wider ſeinen Willen daſſelbe durch kein Teſtament, Codicill, Schenkung auf den Todesfall, oder auch einen andern Erbvertrag wiederum entzogen werden kann[c]); 2) daß aber hierdurch demjenigen, auf deſſen künftigen Nachlaß der andere Paciſcent ein Erbrecht erlangt hat, keinesweges das Recht benommen werde, unter den Lebendigen, ſo weit es ihm ſonſt die Geſetze erlauben, über ſein Vermögen nach freier Willkür zu disponiren; 3) daß ihm auch das Recht der freien Dispoſition inter vivos nicht mehr ohne Einſchränkung zuſtehe, wenn er ſich deſſen ausdrücklich begeben hat[d]); 4) daß aber eine ſolche Verzichtleiſtung anderer Geſtalt nicht gültig ſey, als wenn der Vertrag, ſoviel die unbeweglichen Güter betrifft, bei den Gerichten, unter welchen dieſelben gelegen, confirmirt, auch deſſen Inhalt in die Gerichts- und Conſensbücher eingetragen, bei außenſtehenden Forderungen aber dem Schuldner ſolches gerichtlich notificirt worden iſt[e]). Andere Wirkungen des Erbvertrags können nur in Folge beſonderer Verabredung Statt finden[f]).

a) Beiſpiele geben die pacta successoria unter Eheleuten, Carpzov p. III. c. 2. def. 6. und VI. resp. 4. Runde §. 661. not. c. und dazu Danz VII. S. 390. Hübner diss. 1. p. 165.; ferner inter personas illustres, pacta confraternitatis und ganerbinatus,

über welche zu vergleichen Stryck succ. ab int. l. l. cap. 7. 8. Runde d. P. R. §. 662. ff. und dazu Danz Comm. VII. S. 391.; vgl. Beſeler a. a. O. Th. 3. §. 15—17. Ueber Erbeinſetzungsverträge im Bauernſtande derſ. §. 22. Daß testamenta correspectiva nicht als wechſelſeitige Erbverträge anzuſehen ſind, ſ. oben §. 675. not. c. §. 732. Aber auch bei eigentlichen Erbverträgen wird Reciprocität nicht präſumirt. A. L. Seip de succ. german. pactitia haud reciproca. Götting. 1751.

b) Hübner diss. l. p. 143. Glück Inteſt.-Erbf. §. 9. S. 37. Comm. VI. §. 540. S. 555. XXV. §. 1247. S. 381. XXXVIII. §. 1425. f. S. 79. §. 1430. S. 345.; vgl. auch Kriegel diss. l. §. 10. Bauer Erl. der Dec. 13. §. 20., der jedoch in der §. 836. not. h. angef. diss. eine andere Anſicht gehabt zu haben ſcheint. Hiermit wird alſo anerkannt, daß succ. pactitia neben der successio legitima beſtehen könne. Aber auch neben der successio testamentaria, wenn ein früheres Teſtament vorliegt, oder eine künftige teſtamentariſche Dispoſition vorbehalten worden iſt, kann wenigſtens nach dem ſächſ. Erbgeſetz die successio ex pacto Statt finden. Der successor pactitius tritt aber zu den neben ihm vorhandenen geſetzlichen oder teſtamentariſchen Erben in das Verhältniß eines Miterben. Wenn bei dem Erbvertrag der Promittent das Dispoſitionsrecht über gewiſſe Theile des Vermögens ſich vorbehalten, jedoch keine Dispoſition getroffen hat, ſo fällt das Vorbehaltene nicht an den Promiſſar, ſondern an die geſetzlichen Erben; a. c. 2. p. III. Erbg. §. 3., womit jedoch zu vergleichen §. 75. ebendaſ. Iſt eine Dispoſition getroffen, ſo ſcheint der hierdurch Bedachte in der Regel als Legatar eintreten zu müſſen, a. d. §. 3. des Erbg., wenn nicht der Erblaſſer ihn titulo institutionis bedacht hat; vgl. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1425 f. S. 79. — Uebrigens können, wie bei Teſtamenten, ſo auch bei Erbverträgen, Beſchränkungen durch conditio, dies und modus, und zwar, was die beiden erſtern betrifft, in weiterm Umfange, als dies nach gem. Recht möglich iſt (vgl. §. 684. 691.) vorkommen. Dabei entſteht jedoch die Frage: ob die Grundſätze von Teſtamenten, oder die von Verträgen anzuwenden ſind, wenn dieſe divergiren? wie dies der Fall iſt in Anſehung der conditio impossibilis (vgl. §. 685. 1296.), ingleichen des effectus retrotractivus bei der conditio potestativa (§. 689. 1271.). Für die Grundſätze von Verträgen entſcheiden Bauer Erl. der dec. 13. §. 18. resp. 49. L. 1795. u. resp. 160. L. 1804. Hübner l. l. p. 143.

c) Dec. 13. v. J. 1746. und dazu H. G. Bauer diss. l. 2. 3. de pactit. succ. et effect. pact. succ. L. 1771. deſſen Comm. zu den Deciſ. v. J. 1746. I. S. 147. Gottſchalk in der Zeitſchr. N. F. I. xvii. Ueber Anwendung der dec. 13. in der Oberlauſitz. J. W. I. 82. Stryck caut. contr. l. l. §. 8. Mittermaier

§. 403. IV. Maurenbrecher §. 562. Doch hindert ſolches keineswegs, daß nicht bei der Errichtung des Vertrags ſelbſt dem Erben die Entrichtung gewiſſer Vermächtniſſe auferlegt werden könnte. Bauer a. a. O. §. 18. Pufendorf II. 72. Canngießer dec. 47. 65. Hübner l. l. p. 147. Mittermaier §. 403. XI. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1425 f. S. 70. — Was die in dem Erbvertrag ſelbſt hinterlaſſenen Legate betrifft, ſo fragt ſich, ob zu deren Gültigkeit nicht auch eine gewiſſe Form erforderlich ſey? Unſtreitig reicht es hin, wenn der Erbvertrag die Form hat, unter welcher überhaupt Vermächtniſſe hinterlaſſen werden können; demgemäß werden auch bei einem inter praesentes abgeſchloſſenen Erbvertrag die hinterlaſſenen Vermächtniſſe ſchon nach den §. 751. 2. angegebenen Beſtimmungen beſtehen. Nicht minder ausgemacht iſt es, daß der Anſpruch auf die in einem Erbvertrag hinterlaſſenen Vermächtniſſe beſtehet, wenn die Honorirten als Mitpaciſcenten an dem Vertrag Theil genommen haben. Abgeſehen hiervon muß die in dem Erbvertrag erfolgte Anordnung von Legaten als pactum dispositivum oder restitutivum de re singulari angeſehen werden; vgl. §. 832. not. d. Haben übrigens die Honorirten nicht als Paciſcenten an dem Vertrag Theil genommen, ſo bleiben die ihnen beſchiedenen Legate wiederruflich. Daß letztwillige Verfügungen, welche nach abgeſchloſſenem Erbvertrag getroffen werden, ungültig ſind, unterliegt keinem Zweifel. Anderer Meinung iſt ohne hinreichenden Grund Zachariä qu. XVII. n. 3. Was aber die vor dem Erbvertrag hinterlaſſenen Legate anlangt, ſo war zwar der verewigte Verfaſſer nach Bauer Erl. z. Deciſ. 13. §. 14., ſo wie Hübner l. l. p. 148. der Meinung, daß früher ausgeſetzte Vermächtniſſe durch einen nachher geſchloſſenen Erbvertrag als wiederrufen angeſehen werden müßten. Allein angenommen auch, was von Hübner pag. 146. behauptet wird, daß durch den ſpätern Erbvertrag das frühere Teſtament rumpirt werde, und hiermit auch zugleich die in demſelben hinterlaſſenen Legate wegfallen; ſo läßt ſich doch ein ſolcher effectus rumpendi, oder eine ademtio der Vermächtniſſe nicht ohne Weiteres hinſichtlich der früher angeordneten Codicille annehmen; vgl. oben §. 817. Daß von Vermächtniſſen, welche in oder neben einem Erbvertrag gültiger Weiſe hinterlaſſen worden ſind, die qu. Falcidia nicht abgezogen werden könne, wie Zachariä l. l. anzunehmen ſcheint, ſ. Hübner l. l. p. 148. Ueber Subſtitutionen in Erb-, namentlich Eheverträgen; vgl. Breuning. an in pactis nupt. substitutio valide fieri possit. L. 1777. Ob Pupillarſubſtitutionen in einem Vertrag Statt finden, kann bezweifelt werden. Man muß, da der Fall eines acquiſitiven Erbvertrags zwiſchen dem Vater und dem minderjährigen Sohn wohl ſelten oder gar nicht eintreten wird, den Fall ſich denken, in welchem pupillaris substitut. als Neben-

punkt des Erbvertrags vorkommt. Für die Anſicht, daß eine ſolche subst. pup. jure fideicommissi aufrecht erhalten werde, ſtreitet allerdings der Umſtand, daß in dieſer Maaße subst. pupill. in codicillis facta ebenfalls wirkſam bleibt; vgl. §. 718. Völlig frei bleibt das Recht m. c. zu disponiren hinſichtlich der etwa vorbehaltenen Theile des Vermögens. Stryck caut. contr. l. l. §. 8. Haſſe a. a. O. S. 205. Mühlenbruch a. a. O. S. 79. Glück XXXV. §. 1420. S. 84. Sonſt ſpricht man auch wohl von Erbverträgen, die in vim ultimae voluntatis abgefaßt worden und daher geeignet ſeyn ſollen, auch durch dispositio m. c. abgeändert zu werden; vgl. Carpzov II. c. 43. def. 10. Leyſer sp. 44. m. 1. und dagegen Müller. ad L. obs. 162. Glück Comm. XXV. §. 1247. Haſſe S. 201. Mühlenbruch XXXVIII. §. 1425. f. S. 116. v. Hartitzſch n. CLXX.

d) Vgl. Pätz successio univers. per pact. promissa, quatenus promittenti facultas inter vivos disponendi ademta sit. Götting. 1821. Hübner l. l. p. 149. Kind I. 54. pag. 394. Hommel obs. 708. Mittermaier §. 403. n. V. VI. VII. Eichhorn §. 344. Maurenbrecher §. 562. Nach ſächſ. Recht und zwar der dec. 13. a. E. gilt der Satz, daß außer dem Fall, in welchem der dispositio inter vivos wirkſam entſagt worden iſt, als Gegenſtand des Erbvertrags nur dasjenige Vermögen angeſehen wird, welches zur Zeit des Todes des Paciſcenten vorhanden iſt. Wirkſam kann aber nur der Dispoſition über Grundſtücke und über außenſtehende Capitalforderungen entſagt werden. In Anſehung aller andern Gegenſtände des Vermögens iſt jede Verzichtleiſtung auf das Dispoſitionsrecht, auch wenn ſie gerichtlich geſchehen ſeyn ſollte, nach klaren Worten der Deciſ., ingleichen wegen des übrigen Vermögens ꝛc. gänzlich wirkungslos. Gottſchalk in der Zeitſchr. N. F. I. xvII. §. 5. Daß, wie von Einigen behauptet wird, vgl. Maurenbrecher §. 562. Mühlenbruch §. 403. VI., Sicherheit gegen Verſchleuderungen gefordert werden könne, läßt ſich durchaus nicht vertheidigen, wenn von andrer Sicherheit, als der die Rede iſt, welche durch Prodigalitätserklärung begründet wird. Hübner l. l. p. 150. Eichhorn §. 344.

e) Angez. Dec. 13. Ob auch für die Notification der Verzicht bei Außenſtänden competentia judicis nöthig ſey? iſt zwar nicht geſagt, verſteht ſich aber doch wohl von ſelbſt. Nach neuerm ſächſ. Recht fällt ohne Zweifel die Confirmation weg und es reicht die Eintragung der Verzicht unter die 2. Rubrik der Grund- u. Hyp.-Bücher hin, §. 16. n. 7. des Geſetzes v. 6. Novbr. 1843., obwohl in dieſem Geſ. die decis. 13. wenigſtens nicht ausdrücklich erwähnt wird.

f) Nach Haſſe a. a. O. S. 149. 205. 209—211. gehört der Erbvertrag zu den Verträgen, welche keine obligatio, d. h. kein Forderungsrecht auf perſönliche Leiſtungen hervorbringen; vgl. Roßhirt

Zeitſchr. II. S. 210. Iſt dieſe auch von Maurenbrecher §. 562. gebilligte Anſicht richtig, ſo giebt es, ſo lange der, welcher dem Andern die Erbſchaft zugeſichert hat, noch lebt, kein Klagrecht für den Promiſſar, und auch aus dieſem Grunde würde die in dem bei Schröder diss. l. angeführten Fall erhobene Klage für unſtatthaft zu achten ſeyn. Inzwiſchen kann dies doch wohl durch pacta adjecta modificirt werden. Und ganz gewiß hat bei einem pacto acquisitivo oneroso der Erblaſſer, dem als Aequivalent gewiſſe Leiſtungen verſprochen worden ſind, deshalb ein Klagrecht.

§. 835.

Wir bemerken noch hierbei: 1) daß der Vertragserbe, da er, gleich dem teſtamentariſchen und geſetzlichen Erben, in alle Rechte und Verbindlichkeiten ſeines Erblaſſers eintritt [a]), die von Letzterm unternommenen Handlungen unter den Lebendigen (ſofern es nicht die Veräußerung unbeweglicher Güter, oder außenſtehender Forderungen betrifft, deren ſich der Erblaſſer in der §. 834. gedachten Maaße begeben) als gültig anerkennen müſſe [b]). 2) Ein Vertrag, wodurch Jemand mit gänzlicher Uebergehung ſeiner Kinder oder Eltern ſein ganzes Vermögen einem Fremden auf den Todesfall zuwendet, iſt eben ſo, wie ein Teſtament in dieſem Falle, null und nichtig [c]). 3) Wenn derjenige, welcher auf den künftigen Nachlaß eines Andern mittelſt Vertrags ein Erbrecht erlangt hat, noch vor demſelben ſtirbt, ſo geht das Recht auf ſeine Erben über [d]). 4) Unter mehrern durch Vertrag beſtimmten Miterben findet ſchon nach gemeinem Recht kein jus accrescendi Statt [e]).

a) Hierbei entſteht ſogleich die Frage, ob der Vertragserbe die Erbſchaft antreten müſſe, oder dieſelbe, wie ein Teſtaments- oder geſetzlicher Erbe, beliebig ausſchlagen könne; ob er alſo heres necessarius im Sinne des §. 672. not. a. ſey, oder nicht? vgl. §. 905. not. a. Daß, wenn der Erbe angetreten hat, ihm das benef. inventarii zu Statten komme, iſt wohl nicht zu bezweifeln, wiewohl es nach der Anſicht einiger Rechtslehrer dieſes benef. für denſelben gar nicht bedarf, da durch den Erbvertrag nur eine successio des deutſchen Rechts hergeſtellt werden ſoll, vermöge deren der Erbe den Erblaſſer nie vollſtändig repräſentirt und nie ultra vires des Nachlaſſes haftet; vgl. Grieſinger in der Fortſ. von Danz Comm. X. p. 194. Eichhorn d. Staats- und Rechtsg. II. §. 395. IV. §. 456. D. P. R. §. 332. Maurenbrecher D. P. R. §. 541. Mittermaier §. 382., wogegen zu ver-

gleichen Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1425. f. S. 5. not. 7. Ob nun wohl nach heutigem, namentlich ſächſiſchem Recht keinem Zweifel unterliegt, daß auch der Vertragserbe Univerſalſucceſſor ſey (ſ. die folgende Note); ſo iſt doch auch auf der andern Seite nicht zu leugnen, daß zu Folge der dec. 57. v. J. 1661. der Vertragserbe eben ſo wenig als ein anderer Erbe des benef. inventarii bedarf; vgl. Bauer z. Dec. 13. §. 18. 19. Hübner l. l. p. 164. Zachariä qu. XVII. §. 3. Mittermaier §. 403. XII. Daß auch auf den Vertragserben Eigenthum unmittelbar übergeht, und er die andern Erben zuſtändigen dinglichen Rechtsmittel habe, ſ. Böhmer doctr. de act. II. 3. §. 28. Hombergk de qualitate reali, quae pactis success. inest. §. 14. Bauer Erl. der Dec. 13. §. 24. 25. Zachariä qu. XVII. §. 3. Eichhorn §. 344. Mittermaier §. 403. A. M. iſt Hommel obs. 117.; obwohl dieſer obs. 320., ſo wie Pufendorf II. obs. 40. Leyſer sp. XLIII. m. 5. dem Erben das remedium ex l. ult. C. de ed. d. Hadr. toll. zugeſteht.

b) Hat alſo der Erblaſſer ein Grundſtück, auf deſſen Veräußerung er in der vorgedachten Maaße Verzicht geleiſtet, dennoch privatim einem Dritten, der von dieſem Vorgange nichts wußte, verkauft und bereits einen Theil des Kaufgelds erhoben, ſo iſt zwar der Kauf ungültig, und der Käufer kann gegen den Vertragserben des Verkäufers auf Erfüllung des Contracts und Auflaſſung der Lehn nicht klagen, allein auch des Verkäufers Erbe kann ſich nicht entbrechen, das bereits empfangene Kaufgeld nebſt Zinſen zurückzuzahlen; und hat nur in dem Fall, wenn das veräußerte Grundſtück ihm auf ſein Erbtheil angewieſen worden war, gegen ſeine Miterben einen Anſpruch auf theilweiſe Uebertragung. Anders aber verhält ſichs in Anſehung der übrigen vom Erblaſſer unternommenen Handlungen unter den Lebendigen, als welche der Vertragserbe, ſelbſt wenn ihm der Erblaſſer aller und jeder Veräußerungen ſich zu enthalten verſprochen hätte, doch um deswillen als gültig anerkennen muß, weil er in alle Rechte und Verbindlichkeiten ſeines Erblaſſers eintritt. Folglich enthält die 13. Deciſion von dieſer Regel nur die Ausnahmen, vermöge deren bloß die vom Erblaſſer unternommene Veräußerung der Grundſtücke und Schuldforderungen, auf welche er nach Vorſchrift des gedachten Geſetzes Verzicht geleiſtet, den Vertragserben nicht verpflichtet. Bauer a. a. O. §. 10—17. — Hieraus würde folgen, daß der heres pactitius auch den Beſitz des von dem Erblaſſer veräußerten und außergerichtlich übergebenen Grundſtücks fordern könne. Hommel obs. 708. Zachariä l. l. Glück Comm. XXXVI. §. 1420. S. 83. Mittermaier §. 403. n. 3. Eichhorn §. 344. Haſſe a. a. O. S. 212. Anderer Meinung iſt nicht nur Bauer in resp. 160. L. 1804., welcher ſeiner frühern Anſicht entgegen annimmt,

daß durch Vertrag zwar ein Vermögensbeſtand, nicht aber eigentliches Erbrecht deferirt werde; obwohl er zugiebt, daß in Sachſen in dec. 13. ein Uebergehen von Rechten und Verpflichtungen auf den successor pactitius anerkannt werde; ſondern auch Maurenbrecher §. 577., nach welchem der Theorie nach der successor pactitius nicht für die nach abgeſchloſſenem Erbvertrag contrahirten Verpflichtungen haftet.

c) Pufendorf T. II. Obs. 173. T. III. Obs. 23. Bauer a. a. O. §. 20.; vgl. hier beſonders Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1425 f. Glück und Geiger Rechtsf. II. S. 3. Daß den Notherben durch Erbvertrag nicht präjudicirt werden dürfe, daran hat noch Niemand gezweifelt, und es bedarf, um dieſen Satz zu rechtfertigen, der Analogie von der inofficiosa donatio keineswegs. Mühlenbruch a. a. O. S. 60. ff. Allein ob wegen gänzlicher Ausſchließung der Notherben der Erbvertrag nichtig ſey, wie hier und in dem Urthel des App.-Gerichts bei Kind I. 50. p. 359. mit Berufung auf Stryck succ. ab int. VIII. c. 5. §. 42. und Carpzov p. II. c. 43. def. 13. ferner von J. H. Majer an et quatenus princip. juris Rom. de succes. necessaria etiam ad pacta succ. applicari deb. Götting. 1805. Glück Comm. XXV. §. 1429. S. 386. ff. Mühlenbruch l. l. S. 63. ff. angenommen wird; das iſt von mehrern Andern beſtritten worden, nach welchen Notherben, die durch einen Erbvertrag verletzt worden ſind, nie mehr als den Pflichttheil oder deſſen Ergänzung fordern können; vgl. Becmann consil. II. 81. p. 391. Hommel obs. 302. Hübner l. l. p. 152. ff. Eichhorn §. 343. II. Schwarze u. Heyne Unterſ. a. a. O. S. 38. Uebrigens beſchränkt auch Mühlenbruch a. a. O. S. 67. ff. die Ungültigkeit des Erbvertrags auf die eigentliche Erbeinſetzung, ſo daß Dispoſitionen über Singularſucceſſion allerdings gültig bleiben können. Indeß iſt dieſer Punkt nicht der einzige, welcher in Beziehung auf das Recht der Notherben bei der Lehre von Erbverträgen beſtritten iſt. Es fragt ſich nämlich: 1) ob der Pflichttheil in einem Erbvertrag hinterlaſſen werden könne? Man hat dies bezweifelt, weil der Pflichttheil titulo institutionis hinterlaſſen werden müſſe, was in einem Erbvertrag, wenn die Erbſchaft einem extraneus hinterlaſſen worden iſt, nicht möglich ſeyn ſoll. Der entgegengeſetzten Anſicht iſt jedoch Reinharth ad Christianeum vol. IV. obs. 68. n. 6. p. 104. Mayer diss. l. II. 15. Glück XXV. §. 1249. S. 389. XXXV. §. 1420. S. 83. XXXVIII. §. 1425. f. S. 97. 2) Iſt es nöthig in einem Erbvertrag den Notherben ausdrücklich zu bedenken; oder reicht es hin, den Pflichttheil unberührt zu laſſen? Das Letztere ſcheint die Anſicht von Mittermaier §. 403. Maurenbrecher §. 562. Bauer z. Dec. 13. §. 18. Und dies möchte auch vollkommen richtig ſeyn, da suc-

ceſſio pactitia und legitima neben einander beſtehen können; vgl. §. 834. not. b. Mühlenbruch XXXVIII. S. 98. 3) Welche Wirkung hat auf einen Erbvertrag, daß Notherben nach Abſchluß des Erbvertrags agnaſciren? Im Allgemeinen gilt wohl daſſelbe, was bei andern Verletzungen der Notherbenrechte Rechtens iſt; vgl. Pufendorf obs. I. 177. Eichhorn §. 345. Maurenbrecher §. 511. 565. Mühlenbruch a. a. O. S. 60. Nur in Anſehung der Erbverträge, welche in Eheſtiftungen erfolgen, ſcheint die paroemia: Kinderzeugen bricht Eheſtiftung, etwas Anderes, nämlich gänzliche Beſeitigung des Erbvertrags, zu bewirken; vgl. Handb. I. §. 138. Eichhorn §. 347. Mittermaier §. 360. Maurenbrecher §. 568. Mühlenbruch a. a. O. S. 113. vornehmlich gegen die Anſicht von Eiſenhart, welcher jener Parömie nur dann Wirkſamkeit zugeſteht, wenn die Eheverträge unter der Vorausſetzung der Kinderloſigkeit eingegangen ſind; eine Meinung, welcher auch Günther rechtl. Bem. I. 5. S. 24. Hommel obs. 192. und Glück XXV. §. 1229. S. 388. beipflichten. Uebrigens möchte die Anſicht, daß wegen nachgeborner Kinder auch die Paciſcenten ſelbſt ein Recht erlangen von dem Contract abzugehen, doch manches für ſich haben, obwohl Mühlenbruch a. a. O. S. 60. n. 38. a. M. iſt; vgl. Baſtineller de pacto succ. cum pacisc. persona intereunte. Viteb. 1727. §. 8—12. 25. 4) Kann in einem Erbvertrag Enterbung Statt finden? Natürlich läßt ſich dieſe Frage nicht bloß darum verneinen, weil nach dem römiſchen Recht Enterbung in einem Teſtament ausgeſprochen werden muß; vielmehr könnte man allerdings ſagen, daß, nachdem es geſtattet ſey, durch Vertrag Erbrecht zuzuwenden, es auch geſtattet ſeyn müſſe, durch denſelben Vertrag alles das anzuordnen, was dem deferirten Erbrecht entgegen wirken kann, weil außerdem das Recht durch Vertrag über Erbrecht zu disponiren, ein unvollkommenes ſeyn würde. Allein es iſt wohl denkbar, daß Erbverträge gerade mit dieſer unvollkommenen Wirkſamkeit beſtehen, zwar Erbrecht verſchaffen, nicht aber durch einſeitige Verfügung ein bereits beſtehendes Erbrecht aufheben ſollen. Daher iſt gegen die Statthaftigkeit der Enterbung Mühlenbruch a. a. O. S. 98. A. M. aber Maier diss. I. §. 18. Die ältern Rechtslehrer berühren dieſe Frage gar nicht.

d) Hommel obs. 320. Derſelben Meinung ſind zugethan Böhmer diss. I. II. §. 11. Homberg diss. I. §. 4. 5. Canngießer decis. 65. Hellfeld de transmissione juris succed. §. 6. in opusc. n. XVIII. 1. p. 433. Green dec. de transmiss. hered. delatae non aditae p. 15. Weſtphal Abhandl. von der Wirkung eines Erbverzichts in Abſicht der Nachkommen. Halle 1778. §. 10. deſſen D. Priv. Recht II. 71. und das daſ. unter 11. angef. Urthel. Runde §. 660. und dazu Danz Comm.

S. 388. Glück VI. §. 542. S. 557. Mittermaier §. 403. X. Hahn diss. l. §. 7. p. 8. Hübner l. l. p. 144. Baſtineller in der oben angef. diss., in welcher er zu zeigen bemühet iſt, daß in der Regel kein Erbvertrag auf die Erben der Paciſcenten übergehe, ſcheint §. 8. gerade in Anſehung der pacta succ. acquisitiva anderer Meinung. Zweier Schriften über dieſen Gegenſtand, nämlich Bönhard (pr. Hoffmann) de transmissione hered. ex pacto successorio acquisitivo. Marburg. 1763. und Nieper de success. pactit. et transmiss. juris succed. ex pact. Götting. 1833. habe ich nicht habhaft werden können. Die Vertheidiger der angeführten Meinung gründen ſich faſt insgeſammt darauf, daß Rechte aus einem Vertrag allemal auf die Erben übergehen. Nur Hahn in der angef. diss. geht von einer etwas andern Anſicht aus, der Anſicht nämlich, daß durch den Erbvertrag der, welcher die Erbſchaft erwirbt, gewiſſermaßen den Erbſchaftsantritt anticipire. In der neuern Zeit iſt dieſe Meinung nicht unbeſtritten geblieben. Nach Eichhorn §. 344. liegt eigentlich eine quaestio de voluntate vor, die jedoch bei manchen Erbverträgen (bei welchen? iſt nicht geſagt), nicht anders als bejahend für das Transmiſſionsrecht zu entſcheiden ſeyn ſoll. Nach andern Anſichten iſt der Erbvertrag zwar eine dispositio m. c., aber nur als Grund der delatio hereditatis anzuſehen; nicht die delatio ſelbſt; und daher eine transmissio nur in ſofern gedenkbar, als der Paciſcent den Tod des Erblaſſers erlebt hat. Dieſer Anſicht ſind der angef. Bönhard; Bülow und Hagemann Erört. IV. 71. p. 367. Maurenbrecher §. 565., der jedoch das ſächſ. Recht als abweichend anführt. Haſſe a. a. O. §. 4. S. 200., und derſelben hat im Jahr 1836. das App.-Gericht zu Dresden beigepflichtet, obwohl im Jahr 1837. von dem Oberappellations-Gericht die entgegengeſetzte Meinung angenommen worden iſt; vgl. Kori III. 18. Schwarz u. Heyne a. a. O. S. 15. 27. ff. v. Hartitzſch n. CLXXI. Genau betrachtet iſt, da Erbverträge bloß durch die Doctrin, nicht durch Geſetzgebung ausgebildet ſind, die Annahme, daß Erbvertrag nur ein Grund der Delation ſey, ſo gut eine Hypotheſe als die Behauptung, daß durch Vertrag das Erbrecht ſelbſt übergetragen werde. Die Letztere hat die meiſten Autoritäten für ſich; für die erſtere ſtreitet theils, daß man bei Annahme derſelben mehr den Beſtimmungen des römiſchen Rechts ſich anſchließt, theils, daß die Zuwendung der Erbſchaft auch bei dem Erbvertrag, in der Regel nur als Merkmal der beſondern Vorliebe gegen eine beſtimmte Perſon angeſehen werden muß. Inzwiſchen iſt doch der letztere Grund nur dann von Gewicht, wenn der acquirirte Nachlaß nicht an die geſetzlichen Erben des Paciſcenten, ſondern an extraneos kommen würde. Und in ſofern kann man wohl mit Eichhorn annehmen, daß quaestio facti vorliege. In Sachſen ſcheint dec. 13. die pacta successoria nicht als dispositiones m. c., ſondern als actus inter

vivos zu betrachten; da ſie dieſelben den Eheſtiftungen, welche in vim pacti errichtet worden, gleichſtellt. Und die Worte a. E.: ob auch gleich die wirkliche Präſtation auf den Todesfall allererſt ausgeſetzt worden wäre, möchten wohl darauf hinweiſen, daß in der Regel dies cedens mit dem Abſchluß des Vertrags eingetreten, durch denſelben ein wirklicher Anſpruch übergetragen, und der Zeitpunct des Todes nur als dies veniens anzuſehen ſey. Von der transmissio bei pactis restitutivis ſ. Stryck caut. test. XXI. 1. §. 18.

e) Nimmt man an, daß der Erbvertrag ein wirkliches Erbrecht transferire, nicht bloß eine Delationsart ſey, ſo wird das jus accrescendi in allen Fällen, in welchen Transmiſſion eintritt, ausgeſchloſſen. Indeß achtet man daſſelbe gewöhnlich auch darum ſchon ausgeſchloſſen, weil bei Geſchäften inter vivos jus accrescendi nicht Statt habe, l. 110. pr. D. de V. O.; vgl. Stryck caut. test. XXI. 1. §. 18. Böhmer diss. l. II. 11. A. M. iſt jedoch Hübner diss. l. p. 137., nach welchem ex praesumta voluntate testatoris auch bei Erbverträgen jus accrescendi Statt findet. Nach ſächſ. Recht iſt man wohl berechtigt anzunehmen, daß jus accr. bei Erbverträgen wenigſtens da nicht Statt finde, wo es durch §. 4. des Erbg. bei Teſtamenten aufgehoben worden iſt. Ausdrücklich ausgeſchloſſen iſt das jus accr. in dem Fall der const. 2. p. III.; vgl. §. 834. not. b.; vgl. Schwarze und Heyne a. a. O. S. 36.

§. 835 b.

Diejenigen pacta successoria acquisitiva, deren Gegenſtand eine einzelne Sache oder eine pars quanta des Nachlaſſes bildet [a]), ſind, wie überhaupt Erbverträge, unwiederruflich, und ſchon darum, ſelbſt wenn ſie titulo lucrativo eingegangen werden, von der donatio m. c. verſchieden [b]). Da hierdurch keine Univerſalſucceſſion begründet wird, ſo haftet der Acquirent auch nicht für Schulden des Erblaſſers [c]). Und da wenigſtens nach den bisher als gültig angenommenen Anſichten der Abſchluß des Vertrags als dies cedens gilt, mit welchem ein wirkliches Recht, nicht eine bloße Anwartſchaft, übergeht [d]), ſo iſt der Acquirent auch nicht gehalten, Gläubigern, deren Forderung an den Erblaſſer erſt nach abgeſchloſſenem Erbvertrag entſtanden ſind, nachzuſtehen [e]). Eben deshalb ſcheint auch das ihm Beſchiedene dem Abzug der Falcidia nicht zu unterliegen [f]). Die Form derſelben iſt gemeinrechtlich nicht

beſtimmt [g]). Iſt der beſchiedene Gegenſtand ein Grundſtück oder ein activum, ſo ſcheint die Beſtimmung der dec. 13., wenn auch nicht nach den Worten, doch nach dem Geiſte des Geſetzes anwendbar [h]). Eben ſo ſcheint nach ſächſ. Recht, wenn ein lucrativer Vertrag vorliegt, wenigſtens Beobachtung der für Schenkungen vorgeſchriebenen Form erforderlich [i]). Ob aber, wenn eine species Gegenſtand des Vertrags iſt, das Eigenthum ipso jure übergehe, oder ein beſchiedenes Capital cedirt werden müſſe, iſt ſtreitig [k]).

a) Vgl. über die Eigenthümlichkeiten dieſer Art Verträge und den Unterſchied von m. c. donatio, Zeitſchr. I. XXI. Zeitſchr. N. F. I. X. Von Langenn u. Kori Erört. II. 25. Schwarze a. a. O. S. 25. Hierher gehörten ſonſt die Verträge über Gerade und Heergeräthe; und noch jetzt Mobilienkäufe. Iſt gleich der Gegenſtand dieſer Geſchäfte eine universitas, ſo bleibt doch in Beziehung auf Vermögen überhaupt immer nur successio singularis; ſelbſt wenn etwa die Mobilien das ganze Activvermögen conſtituirten. Denn immer geht aus dem Geſchäft hervor, daß es nicht Abſicht war, einen Erben zu ernennen. Solche pacta successoria de re singulari hielten namentlich bei Eheſtiftungen ſchon die Verfaſſer der Conſultationen für gültig; vgl. Consult. I. 1. qu. 9. Mindan. I. qu. 174. p. 263. n. 5. Die acquiſitiven Erbverträge, welche auf eine res singularis ſich beziehen, verhalten ſich, namentlich wenn ſie lucrativer Art ſind, zu Erbverträgen, deren Gegenſtand das Erbrecht iſt, wie Anordnung eines Legats zu heredis institutio.

b) Vgl. Haſſe im rhein. Muſ. Jahrg. II. S. 17. 203. III. S. 13. Wenn Schirach Beitr. z. Anwendung des Rechts. Hamburg 1822. meint, daß zwiſchen Erbvertrag und Schenkung auf den Todesfall kein Unterſchied ſey, ſo iſt dies ſchon darum unrichtig, weil nicht alle Erbverträge lucrativer Art ſind.

c) Haſſe a. a. O. Eichhorn §. 344. I. Bei einem Erbvertrag, welcher auf omnia bona ſich erſtreckt, kann daher der Grundſatz: bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno gegen den Acquirenten geltend gemacht, nicht aber eine erbrechtliche Verpflichtung deſſelben angenommen werden.

d) Eichhorn a. a. O. Haſſe a. a. O.

e) Ein Vorzug vor ſpäter entſtandenen Forderungen des Erblaſſers läßt ſich nur inſofern behaupten, als ein oneroſer Erbvertrag vorliegt, deſſen Gegenſtand eine species iſt, denn in Anſehung derſelben tritt ein jus separationis ein. Wäre ein lucrativer Erbvertrag vorhanden, ſo wird die Sache allerdings zweifelhaft. Es iſt bekannt, daß Vermächtnißnehmer den eigentlichen Gläubigern des

Erblaſſers nachſtehen müſſen. Hier liegt nun auch ein Vermächtniß vor, das zwar nicht wiederruflich iſt, das aber dieſer Unwiederruflichkeit halber in Beziehung auf Dritte vor andern Vermächtniſſen ſchwerlich etwas voraus haben kann.

f) Vgl. die §. 832. not. d. angeführten Rechtslehrer. A. M. iſt jedoch Haſſe a. a. O. S. 21.

g) Dies gilt namentlich von Erbverträgen, welche oneroſer Natur ſind.

h) Der Zweck der decis. iſt offenbar die Verkürzung dritter Perſonen zu verhindern. Bauer Erl. §. 16. Eine ſolche Verkürzung iſt aber ohne Beobachtung der in der decis. vorgeſchriebenen Form möglich, es mag nun der Erbvertrag über das Grundſtück oder das Capital in specie oder als Beſtandtheil des jure heredis überlaſſenen Nachlaſſes ſich beziehen.

i) Wenn daher der Gegenſtand des Vertrags über quingentos solidos beträgt, ſo iſt gerichtliche Inſinuation nöthig. Sind omnia bona der Gegenſtand deſſelben, ſo iſt c. 1. p. III. in Anwendung zu bringen. Denn weniger als bei einem wiederruflichen Geſchäft kann bei einem unwiederruflichen nicht geſchehen. Daß die Praxis bei Verträgen über das Erbrecht dieſen Punkt nicht überall berückſichtigt hat, beruht jedenfalls auf einer unrichtigen Anſicht, die man wenigſtens nicht weiter verbreiten ſollte. Es kommt hierzu, daß die ältern ſächſiſchen Juriſten Schenkung auf den Todesfall und Erbvertrag als gleichbedeutend anſehen; vgl. Haubold Königl. Sächſ. P. R. §. 332.

k) Daß das Eigenthum einer species mit dem Augenblick des Todes ipso jure übergehe, iſt die Anſicht von Eichhorn §. 344.; der Umſtand, daß bei Immobilien gerichtliche Belehnung hinzutreten muß, hindert hier eben ſo wenig als bei gewöhnlichen Legaten; vgl. §. 785. A. M. iſt jedoch Mittermaier §. 403. VIII. Was Außenſtände betrifft, ſo ſcheint nach Analogie des leg. nominis (§. 756.) und der donat. m. c., Haſſe im rh. Muſ. II. S. 322. Ceſſion allerdings erforderlich, wenn ſie nicht bereits von Seiten des Promittenten erfolgt iſt. Im Uebrigen ſcheinen auch die, welche aus einem Particularerbvertrag Rechte erworben haben, auf die in der E. P. O. XLV. 4. erwähnte Sicherſtellung Anſpruch zu haben, wenn auch das, was a. a. O. über die Verpflichtung des Richters und des Erben geſagt wird, eine beſchränkte Anwendung leidet und ein Antrag des Promiſſars vorauszuſetzen iſt.

§. 835 c.

Was die Aufhebung der acquiſitiven Erbverträge anlangt, ſo iſt dieſe nicht nach den für einſeitige letztwillige Verfügung gültigen Gründen [a]), ſondern nach den für Verträge gültigen Regeln zu beurtheilen. Es findet daher ein-

ſeitiger Wiederruf in der Regel nicht Statt [b]); und ein motivirter Wiederruf wegen Verletzung oder Undankbarkeit des Bedachten kann wenigſtens nicht als allgemein gültig angeſehen werden [c]). Uebrigens giebt es keine beſondern Gründe für Aufhebung der Erbverträge, wenn man von Eheſtiftungen abſieht, in ſofern dieſe ob supervenientiam liberorum unwirkſam werden ſollen [d]).

a) Ueber den vor dem Ableben des Erblaſſers erfolgten Tod des Acquirenten vgl. §. 835. not. d. Daß ob indignitatem Verluſt der successio pactitia nicht eintrete, ſ. Hübner l. l. pag. 168. Das ſächſ. Erbgeſ. enthält aber §. 103. f. §. 110. eine entgegengeſetzte Beſtimmung. Verluſt der Erbfähigkeit, welchen Maurenbrecher §. 565. anführt, wird in praxi ſchwerlich vorkommen. Auch Veränderung in Anſehung des status des Erblaſſers hebt den Erbvertrag nicht auf; vgl. Hübner pag. 148. Daß durch die nachfolgende Verheirathung früher getroffene Erbverträge nicht aufgehoben werden, ſ. Erbg. §. 72.

b) Ausnahme gilt wegen ausdrücklichen Vorbehalts; vgl. Cramer Wetzl. Nebenſt. XIV. 1. Haſſe a. a. O. S. 305.

c) Wegen Undankbarkeit könnte höchſtens bei einſeitigen lucrativen Erbverträgen Revocation Statt finden; vgl. Eichhorn §. 345. Maurenbrecher §. 565. J. W. VI. 129. Daß wegen Verletzung eine Reſciſſion nicht Statt finde, Maurenbrecher a. a. O. Für Sachſen wird sec. c. 35. p. II. eine ſolche Reſciſſion wenigſtens nicht gegen einen beſchwornen Vertrag geſtattet; obwohl im Uebrigen auch hier das beneficium restitutionis in integrum nicht ausgeſchloſſen ſeyn dürfte; vgl. v. Hartitzſch n. CLXXII.

d) Vgl. §. 835. not. b.

§. 836.

II. Diejenigen Erbverträge, durch welche auf eine noch nicht deferirte Erbſchaft [a]) von dem, der eine Anwartſchaft auf dieſe Erbſchaft hat [b]), entſagt wird, ſind zwar nicht nach römiſchem Recht [c]), wohl aber nach deutſchem Recht gültig [d]). A) Im Allgemeinen iſt zu bemerken, daß es dazu keinesweges einer beſondern Form, namentlich nicht des Eides, bedarf [e]). Sie beziehen ſich auf die hereditas als universitas juris, mithin auch auf die bona futura des Erblaſſers [f]), und werden entweder ſo eingegangen, daß der Entſagende dafür ein beſtimmtes Aequivalent erhält oder nicht [g]). Die erfolgte Entſagung, welche jedoch durch Vor=

behalt beſchränkt werden kann, bindet jedenfalls die Erben des Entſagenden [h]), nicht aber die Erbberechtigten, welchen nach Wegfall des Entſagenden die Erbſchaft angefallen ſeyn würde [i]); wobei denn auch nichts darauf ankommt, ob der Entſagende bloß für ſich, oder auch für ſeine Erben und Nachkommen entſagt hat [k]). Die Wirkſamkeit derſelben fällt weg, theils aus allgemeinen Gründen, namentlich auch vermöge des Vertrags ſelbſt, in Folge eines gemachten Vorbehalts, theils aber auch, inſofern ſie zum Nachtheil der Gläubiger des Entſagenden eingegangen ſind [l]). Dagegen hat auf die Gültigkeit derſelben keinen Einfluß eine laesio enormis, namentlich dann nicht, wenn die Entſagung eidlich erfolgt ſeyn ſollte [m]). Was B) insbeſondere α) allgemeine, d. h. ſolche Entſagungen, welche nicht zu Gunſten einer beſtimmten Perſon erfolgt ſind, anlangt, ſo geben dieſe dem, auf deſſen Erbſchaft verzichtet worden iſt, ein Recht, den Entſagenden von der Erbſchaft auszuſchließen [mm]), von welchem nach Belieben Gebrauch gemacht werden kann oder nicht [n]). Hat ein durch Vertrag ernannter Erbe entſagt, ſo iſt die unmittelbare Folge die Aufhebung des beſtehenden Erbvertrags [o]). Iſt dagegen der Entſagende ein geſetzlicher Erbe, ſo verliert derſelbe das geſetzliche Erbrecht [p]), gleichviel übrigens, ob er auf das geſetzliche Erbrecht überhaupt oder nur auf den Pflichttheil entſagt hat [q]). β) Entſagungsverträge, welche zu Gunſten eines beſtimmten Dritten erfolgen, ſind, wenn dieſer Dritte als Mitcontrahent concurrirt hat, in Bezug auf dieſen als ein pactum successorium acquisitivum, dem ohne ſeine Zuſtimmung nicht entgegen gehandelt werden kann, anzuſehen [r]). Nicht daſſelbe läßt ſich annehmen, wenn der Dritte nicht als Mitcontrahent concurrirt hat [s]); namentlich verliert hier der Erbvertrag ſeine Wirkung, wenn der Dritte vor dem Erblaſſer verſtorben iſt [t]). γ) Die Entſagung der Töchter hat manches Eigenthümliche [u]). Sie iſt natürlich nur in Anſehung desjenigen Vermögens nöthig, in Bezug auf welches den Töchtern ein Erbrecht zuſteht [v]), und erfordert dann nicht nur Conſens eines Geſchlechtsvormunds [w]), ſondern auch wenig=

ſtens nach gem. deutſchem Recht und der ältern ſächſ. Praxis Beſtätigung durch den Eid[x]). Gewöhnlich erfolgt dieſelbe gegen ein Aequivalent aus dem Nachlaß[y]) und zu Gunſten des Mannsſtamms. Sie enthält daher einen Vorbehalt für den Fall des Abgangs des Mannsſtamms bei dem ledigen Anfall[z]). Die Möglichkeit dieſes Anfalls muß aber den Töchtern erhalten werden; mithin entſteht für das Vermögen, auf welches die Töchter in der angegebenen Maaße verzichtet haben, Fideicommißqualität[aa]). Tritt der Anfall ein, ſo findet in der Regel die gemeinrechtliche Succeſſion in der gewöhnlichen Ordnung Statt[bb]).

a) Stryck succ. ab int. VIII. cap. 10. Eichhorn §. 349. Maurenbrecher §. 563. Haſſe a. a. O. S. 151. 161. Bauer in der §. 831. not. e. angef. diss. Beſeler a. a. O. §. 24. 25. Ueber Erbverzichte unter dem Adel, ebendaſ. §. 26. 27. Nicht hierher gehören die Verträge und Erklärungen, welche nach deferirter Erbſchaft unter den Erbberechtigten Statt finden. Ob separatio liberorum als pact. renunciativum anzuſehen, ſ. Breuning. diss. an separat. liber. involv. renunc. hered. pat. L. 1772. Beſeler a. a. O. §. 28.

b) Namentlich von einem geſetzlichen oder durch den Vertrag beſtimmten Erben. Was teſtamentariſche Erben betrifft, ſo wäre Entſagung von Seiten derſelben etwas Ueberflüſſiges, da man denſelben Zweck viel leichter durch Abänderung des Teſtaments erlangen kann; vgl. not. p.

c) l. ult. D. de suis et leg. her. l. 3. C. de collat. j. l. 94. D. de acqu. vel om. her. l. 35. §. 1. C. de inoff. test. Ueber die ſcheinbar entgegenſtehende l. 1. §. 3. D. si quis a par. man., ſ. Bauer diss. l. §. 4. 12.; vgl. übrigens Haſſe a. a. O. S. 161. Gottſchalk disc. I. 13.

d) Vgl. Sachſenſp. I. 13. Bauer diss. l. §. 13. sqq. Gottſchalk l. l.

e) Vgl. §. 833. not. b. Eben ſo wenig als der Eid iſt insinuatio oder confirmatio judicialis nöthig. Bauer diss. l. §. 24. 25.

f) Leyſer sp. 45. med. 6. Hommel obs. 755.; vgl. einen hierher gehörigen Rechtsfall bei Eiſenhart V. 4. Ueber Theile des Vermögens, welche von der Verzicht ausgeſchloſſen ſeyn können, vgl. Stryck l. l. §. 65. ff. Ehedem ward die Verzicht auch nicht auf Gerade und Heergeräthe erſtreckt. Hommel Pertinenzreg. Einleit. §. 62. Bauer. resp. 2. L. 1791.

g) Bauer diss. l. §. 23., ingleichen in der not. h. angef. diss. l. §. 20 sqq.

h) H. Pistoris IV. qu. 6. n. 80. Carpzov p. II. c. 35. def. 13. n. 4. Stryck l. l. §. 74. Bauer. diss. pacto hered. renunciativo perfecto ceteros renunciati legitimos heredes renunciante remotiores vel omnino non vel in sola legitima succedere. L. 1783. §. 11. 31., der aber freilich die renunciatio noch in einem weit größern Umfang für wirkſam achtet. So ſehr übrigens dieſer Satz von ſelbſt ſich zu verſtehen ſcheint, ſo läßt ihn doch Kind II. qu. 60. pag. 258. nur mit einer Beſchränkung gelten. Dann nämlich, wenn der Sohn auf die väterliche Erbſchaft nur allgemein, nicht mit der Beſtimmung, es möge dieſe Erbſchaft vor oder nach ſeinem Tode anfallen, entſagt hat, ſoll dies als eine bedingte Entſagung, als eine Entſagung für den Fall, si renuncianti hereditas fuerit delata, interpretirt werden, und ſo den Enkeln, ſelbſt wenn ſie Erben ihres Vaters geworden ſeyn ſollten, die Renunciation des Vaters nicht ſchaden, dafern der Vater vor dem Großvater verſtorben war.

i) Darüber, daß wenn die Erbſchaft des Großvaters dem Vater ſelbſt angefallen iſt, den Enkeln die von dem Vater ausgeſprochene Verzicht immer ſchade, iſt man einverſtanden; und nur darüber herrſcht Streit, ob, wenn nach dem Tode des Vaters die Erbſchaft erſt den Enkeln angefallen iſt, dieſe letztern an die väterliche Verzichtsleiſtung gebunden ſeyen? vgl. über dieſe Frage Carpzov p. II. c. 35. def. 11. 12. 14. Baſtineller in der §. 835. not. d. angef. diss. Stryck l. l. §. 72. Berger Oec. II. 4. 48. 10. Hommel obs. 320. in fin. Böhmer Rechtsf. III. 203. Kind II. 60. und die daſ. not. q. angef. Rechtslehrer, Homberg in der §. 834. not. d. angef. diss. §. 10. Bauer in der in voriger Note angef. diss. E. Ch. Weſtphal, von der Wirkung eines Erbverzichts in Abſicht auf die Nachkommen. Halle 1778. Beſeler a. a. O. S. 249. ff. Die drei letztern trennen ſich in ihren Anſichten von der der übrigen. Sie behaupten, daß die Verzicht des Vaters deſſen Kinder, die Enkel des Erblaſſers, immer binde; während die übrigen in dem obigen Fall leugnen, daß die Enkel, welche jure proprio den Großvater beerben, an die von dem Vater geleiſtete Verzicht, die als bedingt durch den dem Verzichtenden ſelbſt geſchehenen Erbanfall angeſehen werden müſſe, gebunden ſeyen. Weſtphal a. a. O. und eben ſo Zoller in der §. 831. not. e. angef. diss. §. 12. sqq. leugnet, daß die Enkel jure proprio erben. In dieſem Punkt iſt zwar Bauer diss. l. §. 35. nichts weniger als einverſtanden. Allein er glaubt mit Homberg a. a. O. aus der Natur der Erbverträge überhaupt und der renunciativen insbeſondere Gründe für ſeine Anſicht entnehmen zu können, die er jedoch wieder inſofern beſchränkt, als er gegen Weſtphal annimmt, daß den Enkeln aus der großväterlichen Erbſchaft jeden Falls der Pflichttheil gebühre. Insbeſondere behauptet er, daß bei allen Erbver-

tragen nicht, wie bei Teſtamenten, die Zeit des Todes des Erblaſſers, ſondern die Zeit des abgeſchloſſenen Vertrags als Zeitpunkt der deferirten Erbſchaft angeſehen werden müſſe, eine Anſicht, welche mit der von Hahn in der §. 830. not. a. angef. diss. §. 7. und Maurenbrecher §. 563., nach welchem der Verzicht augenblicklich wirkt, übereinzuſtimmen ſcheint. Daß übrigens obige Frage nicht bloß bei der Erbfolge in der Claſſe der Deſcendenten, ſondern auch in der Claſſe der Adſcendenten, vgl. Bauer diss. l. §. 38. 39. und bei der Succeſſion der Collateralen, inſofern bei derſelben Geſchwiſterkinder mit Geſchwiſtern concurriren, vgl. Stryck l. l. §. 82. Weſtphal in der angef. Abhandlung §. 15., aufgeworfen werden könne, iſt nicht zu verkennen. Was den Fall der Succeſſion der Collateralen anlangt, ſo hat man geglaubt, daß dieſe, da ſie jure repraesentationis und beneficii patris ſuccediren, immer an die Renunciation des Vaters gebunden ſeyen. Dieſe ratio iſt aber nach neuerm ſächſ. Recht, nach welchem allerdings in der dritten Claſſe Kinder verſtorbener Geſchwiſter mit Geſchwiſtern zugleich zur Erbfolge berufen ſind, nicht mehr gültig, da nach §. 44. des Erbgeſetzes auch Geſchwiſterkinder jure proprio zu ſuccediren ſcheinen. Der §. 111. des Erbg. kann übrigens, da er von dem Verzicht auf eine angefallene, und zwar vermöge des Geſetzes angefallene, Erbſchaft ſpricht, zur Entſcheidung der Controverſe nichts beitragen.

k) vgl. Carpzov p. II. c. 35. def. 12. Stryck §. 79. Weſtphal §. 15. Bauer §. 45. Kind II. 60. Werden die Kinder Erben des Vaters, ſo bedarf es dieſer Clauſel nicht, um ſie durch die von dem Vater geleiſtete Verzicht für gebunden anzunehmen. In dem entgegengeſetzten Fall kann durch eine ſolche Clauſel das jure proprio zuſtändige Erbrecht nicht geſchmälert werden.

l) Dies wenigſtens nach ſächſ. Recht; vgl. dec. 25. v. J. 1746. Handb. §. 588. und über das ältere Recht F. G. Krause de pacto hered. renunciativo, quatenus jure Saxon. in fraudem credd. fieri possit. Viteb. 1728. und die daſ. beigefügten Entſcheidungen.

m) Vgl. Stryck l. l. §. 132. ff. H. Piſtoris IV. qu. 6. n. 71. ff. Berlich concl. II. 43. Leyſer sp. 45. m. 6. Hommel obs. 320. J. G. Zoller. de renunciatione hered. a filia jurato facta ob enormem laesionem rescindenda. L. 1752. Gottſchalk disc. I. 13. Eine Verletzung kann bei dem pact. hered. renunciativum aus einem doppelten Grund entſtehen. Erſtlich wegen der zur Zeit des abgeſchloſſenen Contracts vorhandenen Umſtände; wobei aber nothwendig der Fall auszuſchließen iſt, in welchem die Entſagung ohne ein dafür beſtimmtes Aequivalent bewirkt worden iſt, da auf lucrative Veräußerungen die Grundſätze über rescissio ob laesionem überhaupt nicht anwendbar ſind; vgl. H. Piſtoris

qu. I. n. 74. 75. Aber auch bei jeder Verzicht, ohne Unterſchied, ob ſie gegen ein Aequivalent bewirkt worden iſt oder nicht, ex post facto, wenn das Vermögen nach abgeſchloſſenem Vertrag einen zur Zeit des Todes noch vorhandenen bedeutenden Zuwachs erlitten hat. In dieſem letztern Fall ſcheint aber aus dem oben angegebenen Grunde, weil auf eine ſowohl der Vermehrung als der Verminderung fähige universitas juris verzichtet worden iſt, eine rescissio ob laesionem gänzlich ausgeſchloſſen. Hommel obs. 753. A. M. iſt aus unbedeutenden Gründen Zoller diss. I. In Sachſen gehört hierher c. 35. p. II. und dazu Carpzov und Moller, letzterer auch in semestr. III. 39.; deren rubrum zwar nicht von Erbverträgen ſpricht, die aber in dem nigro gleich Anfangs unter den Verträgen und Handlungen, in Anſehung deren das Recht der rescissio ob laesionem in Frage kommt, den Fall hervorhebt, wenn eine Tochter eidlich Verzicht gethan; und in Beziehung auf dieſe weiter unten den Fall berührt, wenn ein Vater eine Tochter ausgeſteuert, die eidlich Verzicht gethan, und der Vater wäre darnach reicher geworden. Die Frage, welche die const. beantwortet, iſt nun die: ob im Fall einer eidlich geleiſteten Verzicht der beſchwerte Theil von dem Eide zu abſolviren ſey? Dieſe Frage wird verneint; und zwar ohne Unterſchied, ob die laesio zur Zeit des Vertrags bereits vorhanden geweſen, oder in dem Fall des Erbvertrags, durch Vermehrung des Vermögens deſſen, auf deſſen Nachlaß verzichtet worden iſt, herbeigeführt worden ſey; obwohl dieſer Fall als ein ſolcher, in Anſehung deſſen einige Rechtslehrer eine Exception oder Limitation geſtatten, beſonders hervorgehoben wird; ferner auch für den Fall einer *laesio enormissima*, wenn der, ſo geſchworen, weit über die Hälfte vernachtheiliget; und alſo noch vielmehr in dem Fall einer einfachen Läſion. Doch wird eine Ausnahme geſtattet wegen Jugend, vorſätzlichen Betrugs, oder anderer wichtiger Umſtände. Carpzov p. II. c. 35. def. 2. 4., wohin H. Piſtoris l. l. n. 77. Moller. l. l. und add. const. n. 15. Carpzov def. 15. Berlich l. l. n. 45., auch den Fall rechnen, wenn die entſagende Tochter mit einer nicht ausreichenden Mitgift abgefunden worden iſt. Uebrigens ſcheint die const. in den Worten: und ihm alsdann der Abgang — zu erſetzen ſey, von der Vorausſetzung auszugehen, daß wegen Läſion in keinem Falle auf Reſciſſion des ganzen Geſchäfts, ſondern nur ad supplendum geklagt werden könne. Durch die const. iſt aber nun freilich nicht entſchieden, ob bei einer nicht eidlich erfolgten Verzicht ein Anſpruch wegen Verletzung Statt habe? Berlich l. l. n. 37. Gaill. obs. II. 147. Fachinaeus controvers. VIII. 69., läßt einen ſolchen Anſpruch zu, aber bloß in dem Fall, wenn ein Tochter entſagt hat, und alſo mehr wegen eines

Mangels in der Form der Verzicht, als wegen der Läſion ſelbſt. Nach der Meinung des verewigten Verfaſſers, die in den frühern Ausgaben ausgeſprochen ſich findet, gilt von jeder auf rechtsbeſtändige Weiſe ausgeſprochenen Verzicht daſſelbe, was von der eidlichen Verzicht der Tochter gilt: eine Anſicht, welche viel für ſich hätte, wenn es anzunehmen wäre, daß für die Verzicht der Töchter der Eid unbedingt als zur Form des Geſchäfts gehörig, vorgeſchrieben ſey (vgl. §. 833. not. b.), und nicht vielmehr die const., nicht nur von Verzichten der Töchter, ſondern auch außerdem von eidlichen Verträgen und Handlungen überhaupt ſpräche, dabei aber bloß den Fall, in welchem Eidesleiſtung und laesio enormis zuſammentreffen, dahin entſchiede, daß der Eid der Läſion vorzuziehen. Demnach giebt es für den einzigen Fall, in welchem nach Obigem eine rescissio ob laesionem gedenkbar bleibt, wenn die Läſion zur Zeit des gegen ein Aequivalent abgeſchloſſenen pactum renunciativum bereits vorhanden war, wenigſtens in dem ſächſ. Recht keine Entſcheidung. Nach gemeinem Recht ſcheint aber Verzicht auf ein Recht, das im Grunde nur die Anwartſchaft auf einen ungewiſſen, von mancherlei Zufälligkeiten abhängigen Vortheil gewährt, nicht geeignet zur Anwendung der ohnehin in der Praxis ungebührlich weit ausgedehnten Grundſätze über laesio enormis; vgl. Glück Pandecten Comm. XVII. §. 1030. S. 85. 103. §. 1032. S. 124.

mm) Der Ausdruck Enterbungsvertrag, welcher bei Haſſe und Mühlenbruch gebraucht wird, kann bloß für dieſe Art der pacta successoria renunciativa gebraucht werden, wiewohl er auch hier nicht eben ſehr paſſend iſt.

n) Bauer diss. l. §. 12. Daher fällt die Wirkung der Verzicht weg, wenn der Erblaſſer den Entſagenden ſpäterhin dennoch zum Erben einſetzt; Berlich l. l. n. 7.; oder ihn mit Vermächtniſſen bedenkt. Stryck §. 67. 68.

o) Vgl. §. 835. c.

p) Es bedarf alſo nicht noch erſt einer beſondern Ausſchließung durch Teſtament oder einen andern letzten Willen. H. Piſtoris l. l. n. 4. et 5. 8. Stryck l. l. §. 60. Bauer diss. l. §. 12. Daß nicht einmal der Anſpruch auf den Pflichttheil bleibt, ſ. Stryck §. 62. 63. Breuning. an renunc. hered. paternae generalis cont. renunc. legit. L. 1767. Etwas anders iſt in Sachſen bei der Succeſſion der Ehegatten anzunehmen; ſ. unten §. 873—875. vgl. auch c. 2. p. III. Aus gleichem Grund ſcheint auch angenommen werden zu müſſen, daß ein Teſtamentserbe, der der teſtamentariſchen Erbfolge ſich begiebt, von derſelben ausgeſchloſſen bleibe, geſetzt auch, daß der Teſtirer unterlaſſen ſollte, das Teſtament aufzuheben. Ob eine Tochter, welche auf die väterliche Ver-

laſſenſchaft verzichtet, auch des Rechts, eine dos von ihrem Vater zu fordern, ſich begebe? ſ. Breuning. an renunc. hered. paternae involvat renunc. dotis filiae elocatae. L. 1773. Wenn die Tochter bereits verheirathet iſt, kann nach dec. 29. v. J. 1746. ein Anſpruch auf dos nicht weiter Statt finden.

q) Die Verzicht auf den Pflichttheil enthält natürlich auch die Entſagung auf einen Erbtheil, der den Betrag der Pflichttheil=Summe überſteigt; vgl. übrigens §. 697. not. 2. Wogegen bezweifelt wird, ob Verzicht auf die Erbſchaft auch den Verzicht auf den Pflichttheil in ſich ſchließe; vgl. §. 965.

r) Vgl. §. 834. Bauer diss. I. Beſeler a. a. O. S. 253. Auch die übrigen das pactum acquisitivum betreffenden Beſtimmungen, namentlich was die Transmiſſion des Rechts auf die Erben betrifft, ſind hier anwendbar.

s) Ob der Dritte hier wirklich ein klagbares Recht erwerbe, wie Maurenbrecher §. 563. und auch Bauer l. l. anzunehmen ſcheinen, hängt wiederum von der Beantwortung der Frage ab, ob ein Dritter aus einem zwiſchen Andern geſchloſſenen Vertrag Rechte erlangen könne? vgl. §. 831. not. d., welche Maurenbrecher a. a. O. gerade für das hier vorliegende Verhältniß bejahen zu müſſen glaubt. Möge nun aber auch der Dritte bei einem renunciativen Erbvertrag als Contrahent concurrirt haben oder nicht, ſo iſt gleichwohl nicht, wie bei der zu Gunſten eines Dritten bewirkten Verzicht auf eine deferirte Erbſchaft, eine Art der Erbſchaftsantretung auf Seiten des Entſagenden anzunehmen, vermöge deren der Letztere den Anſprüchen der Erbſchaftsgläubiger ausgeſetzt bliebe; vgl. Stryck l. l. §. 102. Ueber pacta renunciativa, über die Erbſchaft eines nicht concurrirenden Dritten, vgl. §. 830. not. c.

t) Hommel obs. 320. 703.

u) H. Breulaei de renunciandi recepto more, quem Germaniae principum etc. filiae, si quando nuptui collocantur, observare solent. Frcf. 1593. B. Kellenbenz de renunciatione success., qua etc. feminae success. maternam, paternam, fraternam vel aliam quamcunque etc. cedant. Tubing. 1604. Beide Abhandlungen abgedruckt, und mit Bemerkungen Schilters begleitet, in den von Letzterm herausg. tractatus praecipui de renunciationibus. Arg. 1701. H. Cocceji de renunc. filiar. illustr. Frcf. 1714. in deſſen Ex. curios. II. 56. S. Stryck de filia nobili renunc. Frcf. 1686. in Vol. diss. VI. n. 7. auch die Abhandl. in deſſen succ. ab int. VIII. 10. berückſichtigt vornehmlich die Renunciationen der Töchter. N. H. Gundling errores pragmat. de renunc. hered. filiar. illustr. Hal. 1729., wieder aufgelegt 1751., auch in deſſen exerc. acad. I. n. 18. J. H. Boeris diss. sistens larvam renunc. filiar. illustrium et opinioni desuper com-

muni detract. Bamb. 1750., dagegen Cramer W. N. XVIII. 2. deſſen Schriften über renunc. filiarum in opusc. n. 3. 4. 5. §. 6. 7. 8. 11. 17. Senkenberg. de renunc. filiar. illustr. in deſſen med. de universo jure et histor. p. 408. J. St. Pütter de jure feminar. adspirandi ad fideic. fam. et de earum renunc. Marb. 1745. und als Anhang zu deſſen jus privat. princip. p. 40. Runde D. P. R. §. 663. und dazu Danz VII. p. 414. Eichhorn §. 349. Mühlenbruch §. 405. 406. Maurenbrecher §. 569. Beſeler §. 26. 27. Die meiſten Schriftſteller handeln nur von den Verzichten der adligen und noch höher geſtellten Töchter. Indeß iſt doch manches davon auch allgemein anwendbar; und dies nur ſoll hier kürzlich berührt werden.

v) Alſo nicht bei eigentlichen Lehnen, oder bei Familienfideicommiſſen, welche bloß für den Mannsſtamm angeordnet worden ſind, vgl. Pütter Rechtsf. III. 331. Erfolgt hier renunciatio dennoch, ſo bedarf es zu deren Gültigkeit nicht einer beſondern Form; daher der Unterſchied zwiſchen nothwendiger und freiwilliger Renunciation; vgl. Maurenbrecher und Eichhorn a. a. O., ſ. auch Böhmer Rechtsf. II. 101. Ob nach älterm deutſchen Recht die Töchter zugleich mit den Söhnen ein Erbrecht hatten, mithin überall eine Verzicht derſelben nöthig war, iſt freilich beſtritten. Daß die Töchter, namentlich die adligen Töchter, ein ſolches Erbrecht nicht hatten, vertheidigt vornehmlich Senkenberg und vergißt ſich ſogar ſoweit, zu behaupten: genus sane mulierum avarum, sui tenax, masculis gentique ut plurimum inimicum, contra a corpore suo descendentibus favens; unde certe concludendum, ne unicam quidem feminam renunciantem jus radicatum se remittere censuisse. Die Erbverzichte der Töchter ſollen hiernach bloß eine Verwahrung gegen das immer mehr in Deutſchland ſich verbreitende römiſche Recht geweſen ſeyn.

w) Vgl. §. 832. Böhmer Rechtsf. a. a. O. Bei minderjährigen Töchtern ſcheint auch Hinzutritt eines obervormundſchaftlichen Decrets erforderlich; vgl. Maurenbrecher und Eichhorn a. a. O.

x) Vgl. §. 833. not. 2.

y) So namentlich bei Verheirathung, Ausſteuer und Mitgift. Stryck succ. ab int. l. l. §. 25. 26. Ob, wenn dieſe nicht die angemeſſene Summe beträgt, der eidlichen Verzicht ungeachtet auf Ergänzung geklagt werden könne? ſ. not. m. Ob, wenn kein Vorbehalt gemacht worden iſt, der Anſpruch auf dos und legitima verbleibe? iſt nicht unbeſtritten. Behauptet wird es von Struv. syst. p. XXXVIII. 50. A. M. iſt Carpzov p. II. c. 35. def. 16. Stryck l. l. §. 24. Hommel obs. 63.

z) Vgl. Stryck l. l. §. 93. Harpprecht diss. de regressu ad bona ab illustribus praecipue filiabus renunciata etiam in casu

stemmatis prorsus sublati vere, vel solum apparenter praecluso. Tubing. 1711. in Coll. diss. II. 73. Cramer Wetzl. Nebenſt. LXX. 6. Dähne de natura renunc. bis auf den ledigen Anfall. Mainz 1746. Pütter diss. I. Schorch nova collect. resp. Fac. jur. Erff. n. 10. Böhmer Rechtsf. II. 119. In dieſem Fall iſt das pact. renunciativum zugleich conservativum; vgl. §. 831. not. b. Daß aber auch unbedingte Verzichte, wirkliche Abfindungen vorkommen können, iſt nicht zu bezweifeln; vgl. Stryck l. I. §. 122. 123. Doch iſt jeden Falls der Verzicht stricte zu erklären; vgl. Schorch a. a. O.

aa) Vgl. §. 807. ff. In ſeinem ganzen Umfange wird dies freilich nur gelten, wenn der Erbverzicht auf eine gewiſſe Claſſe des Vermögens oder auf einzelne Nachlaßgegenſtände geleiſtet worden iſt. Wäre derſelbe in Beziehung auf das ganze Vermögen erfolgt, ſo müßte angenommen werden, daß wenigſtens die Diſpoſition inter vivos denen, zu deren Gunſten renunciirt worden iſt, frei geblieben, mithin der Gegenſtand der vorbehaltenen Succeſſion nur das zur Zeit des Todes Uebriggebliebene ſey. Daß übrigens den Töchtern, des geleiſteten Verzichts ungeachtet, Zuwendungen inter vivos und mortis caussa durch Vermächtniſſe geſchehen können, iſt wenigſtens ſo lange nicht zu bezweifeln, als kein eigentliches pactum acquisitivum des begünſtigten Mannsſtamms vorliegt; vgl. Harpprecht de success. filiar. renunciatarum ex testam. Tubing. 1688. in coll. diss. II. 74. Zoller in der §. 831. not. e. angef. diss. §. 11.

bb) Das iſt der Punkt, über welchen der berühmte Streit wegen des ſogenannten Regredientrechts geführt worden iſt; vgl. darüber beſonders die Schriften, welche zwiſchen J. U. Cramer und H. G. v. Senkenberg gewechſelt worden ſind. Eine kurze Darſtellung dieſes Streits ſ. in Nettelbladts Hall. Beiträgen zur juriſt. gelehrten Hiſtorie. Halle 1735. 2. St. n. 3. S. 309. Außerdem ſind zu vergleichen Hommel obs. 692. 703. Danz Comm. zu Runde §. 663. VII. S. 430. ff. Mittermaier §. 406. Neurath von der Regredientenerbſchaft und den dabei vorkommenden Rechtsfragen. Gießen 1807. Mosham Verſ. einer Entwickel. der rechtl. Verhältniſſe bei deutſchen Geſchlechtsfideic. überhaupt, und insbeſondere bei Erbverzichten und Regredientenerbſchaften. München 1827. Ueber mehrere hierher gehörige Rechtsfälle vgl. Lyncker resp. II. 98. Ludewig consil. halens. I. 124. J. H. Böhmer consult. et dec. I. 83. Canngießer dec. 317. Pütter Rechtsf. I. 99. II. 183. 184. 227. Gmelin und Elſäſſer gemeinn. Beob. und Rechtsf. III. 12. Runde Beitr. zur Erläut. rechtl. Gegenſtände II. 2. v. Dalwigk Eranien z. D. P. R. I. n. 2. v. Nahmer Entſcheid. des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden. II. 16.

§. 836 b.

Außer den Erbverträgen, von denen bisher die Rede geweſen, giebt es auch Erbverträge, welche zunächſt nicht Erwerb oder Aufhebung eines beſtehenden Erbrechts, ſondern vielmehr die Beſtimmung einer beſondern Succeſſionsordnung bezwecken[a]). Solche Beſtimmungen können aber nicht bloß durch Vertrag, ſondern auch durch letztwillige Verfügungen getroffen werden, ohne daß gemeinrechtlich dazu eine beſondere Form erfordert wird[b]). Unter den mancherlei Arten der Verträge und letztwilligen Verfügungen, welche hierher gerechnet werden können[c]), ſind beſonders die hervorzuheben, deren Zweck iſt, zu verhindern, daß ein Nachlaß, oder, wie gewöhnlich, einzelne zu dem Nachlaß gehörige Sachen, oder ein Complex ſolcher Sachen[cc]) nicht an mehrere gleichberechtigte Erben zugleich gelangen, oder wohl gar unter ihnen getheilt werden[d]). Hier iſt es denn vornehmlich das Alter, bald mit, bald ohne Rückſicht auf Nähe des Grades und der Linie, welches einem beſtimmten Individuum für ſeine Lebenszeit Beſitz und Genuß des in Frage ſtehenden Gegenſtandes verſchafft, während die andern concurrirenden Perſonen eine Anwartſchaft behalten; oft findet auch Statt eine beſtimmte Rente, apanagium[e]), welche auf dem Grundſtück, auf welchem ſie verſichert iſt, als onus reale haftet[f]), und bisweilen mit Vermehrung oder Verminderung des Beſitzes und Genuſſes des Bevorzugten vermehrt oder vermindert wird[g]), welche Einer oder Mehrere der übrigen zur einſtweiligen Abfindung erhalten. Bei Errichtung, Abänderung und Aufhebung derſelben iſt nach ſächſiſchem Recht daſſelbe zu beobachten, was in Anſehung der Familienfideicommiſſe vorgeſchrieben iſt[h]). Die einzelnen Arten ſolcher Modificationen der Succeſſionsordnung, und zwar derjenigen, bei welchen auf das höhere Alter geſehen wird, ſind A) ſolche, bei welchen allein das höhere Alter in Berückſichtigung kommt, Seniorat[i]); B) ſolche, bei welchen eine Concurrenz mehrerer nach einer beſtimmten Succeſſionsordnung gleichberechtigter Erbadſpiranten vorausgeſetzt, Majorat im weitern Sinne[k]), und α) der Vorzug der Linien,

ſo daß der Erſtgeborne in jeder erſtgebornen Linie den übrigen vorgeht, Primogenitur[l]), oder β) die Nähe des Grades, und unter mehrern gleich nahen der ältere berückſichtigt wird, Majorat im engern Sinne[m]). Dieſe verſchiedenen Succeſſionen kommen nicht immer rein vor; vielmehr ſind ſie und namentlich Primogenitur und Majorat häufig mit einander vermiſcht und wechſelſeitig modificirt[n]). Da wo dem jüngern Alter der Vorzug zugeſtanden wird, Minorat, von welchem wenigſtens ſonſt Spuren bei der Succeſſion in Bauergütern ſich gefunden haben[o]), laſſen ſich ähnliche Modificationen denken, wie bei dem Majorat im weitern Sinne.

a) Verträge dieſer Art ſind allerdings inſofern auch pacta renunciativa, als von Gleichberechtigten einer oder einige zurücktreten, wenn ſie auch nicht gerade das Erbrecht ſelbſt aufgeben. Auf der andern Seite können dergleichen Verträge rückſichtlich derer, welche durch die eingeführte Succeſſionsordnung vor Andern begünſtigt werden, als pacta acquisitiva angeſehen werden; vgl. Stryck l. l. cap. 10. §. 5.

b) Vgl. Danz Commentar zu Runde P. R. VIII. §. 669. I. p. 72. Daß auch durch Obſervanz die beſtehende Succeſſionsordnung wenigſtens in adligen Familien verändert werden könne, ſ. Eichhorn §. 370. Seyfried de jure primog. consuetudine introducto. Marb. 1735.; vgl. Danz Commentar §. 669 a. S. 48. ff.

c) Natürlich kann hier nicht weitläufiger von Anordnungen die Rede ſeyn, durch welche ein Teſtirer oder Paciſcent ſeine Nachkommen in das Unendliche hinaus zu vinculiren ſucht; Anordnungen, die nur zu oft dieſe und die Gerichte in Verlegenheit ſetzen und die Quelle mannichfacher Streitigkeiten werden. Es genüge auf einige Fälle bei Runde Beitr. I. n. 11. 12. aufmerkſam zu machen.

cc) Danz Comm. VIII. S. 3.

d) Vgl. Weſtphal D. P. R. II. Abh. 73. Runde §. 665. und dazu Danz Comm. VIII. S. 1. ff. Eichhorn §. 370. Mittermaier §. 349. §. 450. der 6. Ausg. Maurenbrecher §. 573. Inſofern auch hier das Succeſſionsrecht ſelbſt nicht aufgehoben wird, entſteht in Anſehung der Gegenſtände, wegen deren eine beſondere Succeſſionsordnung vorgeſchrieben wird, ebenfalls Fideicommißqualität.

e) Mittermaier §. 400. §. 451. der 6. Ausg. Maurenbrecher §. 574. Die Abfindung, welche darin beſteht, daß den Abzufindenden ein Grundſtück zur unmittelbaren Benutzung auf Lebenszeit überlaſſen wird, pflegt man paragium zu nennen. J. Schilter. de apanagio

et paragio. Arg. 1701. J. N. Hert. de commentitia apanagii et paragii distinct. in S. R. Imp. principat. comitat. in opusc. II. 2. p. 59. J. Meyer. corpus juris apanagii et paragii. Lemgo 1727. Danz Comm. §. 671. n. VIII. S. 112. ff. Es iſt unrichtig, dieſe Abfindung als Pflichttheil zu betrachten, Maurenbrecher, Mittermaier a. a. O. Eichhorn §. 370.

f) Hiernach ſind die Rechte des apanagium im Concurs zu beurtheilen, worüber zu vergleichen Kind I. 20. und die daſelbſt not. b. angef. Streitſchriften von Heydenreich und Pütter. Danz Comm. §. 671. g. h. VIII. S. 126. Iſt das apanagium nicht als onus reale verſichert, ſo hat daſſelbe keinen Vorzug vor andern Forderungen, wenn deshalb nicht Hypothek conſtituirt oder durch Immiſſion erlangt worden iſt. So entſchied das Appellationsgericht gegen die Anſicht der J. F. zu Leipzig; vgl. Kind l. l. p. 169.

g) Pütter. de augendo apanagio auctis reditibus in deſſen sylloge opusc. ad jus privat. praecip. spect. n. 2. Danz a. a. O. VIII. S. 121. §. 671 e. ff.

h) Vgl. dec. 10. v. J. 1746.; vgl. §. 808. 811. In der Deciſion iſt freilich nur von Majorat und Seniorat die Rede, allein in dem Ausdruck Majorat iſt ohne Zweifel auch die Primogenitur als einbegriffen anzuſehen. Ueber Beſtätigung der Primogenitur insbeſondere vgl. J. G. Bauer de primogenitura sine consensu superioris ordinata, in opusc. II. p. 203. Kind I. 20. S. 170. Danz Comm. a. a. O. §. 669. h. ff. S. 63. ff. Ueber Abänderung und Aufhebung einer ſolchen Succeſſionsordnung insbeſondere C. O. Stieglitz de immutabilitate juris primogeniturae. L. 1699. J. F. Beck. de licita majorat. et fid. nobil. alienatione. Altorf. 1735. Danz §. 671. h. S. 132.

i) W. H. Rudlof de jure senii in familiis illustribus. Butzw. 1769. Cramer W. N. XXI. 3. Danz VIII. §. 667. c. S. 23. §. 668. a. S. 37. §. 668. c. S. 45.

k) F. L. Com. in Solms et Tecklenburg de majoratu. L. 1729. Stryck. succ. ab int. VII. 1. §. 19—22.; 2. §. 49. 51. VIII. 11. §. 2. A. Fr. Schott. pr. de judicio super success. in majoratu saepe arduo. L. 1782. Kind I. 12. Danz a. a. O. §. 666. c. S. 7. §. 667. S. 20. Oft wird der Ausdruck Majorat sensu objectivo für die Sache genommen, in welche jure majoratus ſuccedirt wird.

l) G. L. Böhmer de ord. succedendi ex jure primogeniturae, in deſſen Elect. jur. feud. II. 7. Hofacker de origine et fatis success. ex jure primogeniturae in familiis illustribus German. Goetting. 1771. in opusc. n. 1. Danz a. a. O. §. 667. a. ff. S. 8. ff. Kind I. 12.

m) Vgl. Danz Comm. a. a. O., ingl. die not. k. angef. Rechtslehrer, Eichhorn §. 370. Brandis de vera ordinis succedendi ex majoratu ratione. Goetting. 1784.

n) Eichhorn §. 370. Danz §. 667. d. et e.

o) J. U. Cramer de minoratu, in opusc. I. 9. und deſſen weitere Ausführung des den gräflichen und fürſtlichen Häuſern ſo vortheilhaften Minorats in suppl. opusc. n. 12. Danz §. 667. f. g. h. S. 26. ff.; vgl. auch unten §. 940.

Dritter Abſchnitt.

Von dem geſetzlichen Erbrecht.

§. 837.

Unter dem geſetzlichen Erbrecht verſtehen wir das Recht auf eine Erbſchaft, deſſen Grund nicht auf einer Willenserklärung des Verſtorbenen, ſondern auf unmittelbarer Vorſchrift der Geſetze beruhet. Die Erwerbung einer Erbſchaft, auf welche uns vermöge des Geſetzes ein Erbrecht zuſteht, wird die Inteſtaterbfolge genannt [a]).

a) Sam. Stryck. tr. de successione ab intestato publicis dissertationibus propositus, Frcf. ad Viadr. 1737. Lobethan vollſt. Abh. der Lehre von der Erbfolge. Halle 1776. L. G. Madihn principia juris Rom. de successionibus §. 1—60. J. Ch. Koch. successio ab intestato civilis in suas classes nova methodo redacta. ed. VIII. Giess. 1798. J. C. Siebenkees von der Inteſtaterbfolge (nach Nürnberger Rechten). Nürnberg 1787. Ludolf ſyſt. Entwickelung der Lehre von der Inteſtaterbfolge nach röm. und deutſchen Rechten. Halle 1794. Chr. F. Glück Hermeneutiſch-ſyſt. Lehre von der Inteſtaterbfolge nach Grundſätzen des ältern und neuern röm. Rechts. 2. Ausg. Erlangen 1822. C. E. Roßhirt Einl. in das Erbrecht und Darſtell. des ganzen Inteſtaterbrechts, beſonders nach röm. Quellen. Landshut 1831. — In Sachſen iſt das bereits oben §. 641. not. a. angeführte Mand. v. 31. Januar 1829. die Grundſätze der geſetzlichen Allodialerbfolge betr., jetzt die einzige Norm für die Inteſtaterbfolge, durch welche das wichtigſte Geſetz, welches die Inteſtaterbfolge nach gemeinem Recht regulirt, die N. 118. und 127. (über welche zu vergleichen Glück §. 146. 147.); ingl. die Beſtimmungen des ältern ſächſ. Rechts, wie ſolche beſonders in dem dritten Theil der Conſtitution ſich finden, mannichfach modificirt und abgeändert worden ſind. Ueber das ältere ſächſ. Recht, wie ſolches in den frühern Ausgaben

des Handb. vorgetragen ward, vgl. C. P. Richter. tr. method. de succ. ab intest. Jen. 1647. und mehreremal, Haubold S. P. R. §. 305—331. Die Modificationen, welche dieſes ältere Recht durch Statuten und Provincialgeſetze erlitten, wurden ſchon durch die Gouvern.=Verordnung v. 24. Mai 1814 beſeitigt; Gouv.=Blatt II. n. 107. p. 472. bei Moosdorf III. 69. Dieſe Verordnung iſt in dem Erbg. §. 141. beſtätigt worden.

§. 838.

Die in den Geſetzen vorgeſchriebene Succeſſion tritt ein, I. bei dem Mangel einer Willenserklärung des Erblaſſers, gleichviel, ob eine ſolche Willenserklärung gar nicht vorliegt, oder die vorhandene zu Recht nicht beſtehen kann, oder endlich der in einer gültigen letzten Willenserklärung ernannte Erbe die Erbſchaft anzunehmen verweigert [a]). II. Aber auch bei dem Daſeyn einer letzwilligen Verfügung über die Erbſchaft, wenn dieſe A) in einem Erbvertrag beſteht, welcher nicht auf die ganze Erbſchaft ſich bezieht [b]). Nach neuerm ſächſiſchen Recht kann jedoch auch B), wenn der vorhandene letzte Wille ein Teſtament iſt, neben der durch daſſelbe angeordneten Succeſſion, die Inteſtaterbfolge beſtehen [c]); wenn α) das Teſtament nicht über den ganzen Nachlaß ſich erſtreckt [d]), β) wenn es dem Teſtamentserben nicht für die ganze Zeit nach dem Tode des Erblaſſers das Erbrecht einräumt [e]); bisweilen auch γ) wenn von mehrern in dem Teſtament eingeſetzten Miterben einer nicht Erbe werden kann oder will [f]). Dabei iſt zu bemerken 1) da, wo geſetzliche Erben mit Erben andrer Art concurriren, treten die verſchiedenen Erben in das Verhältniß der Miterben [g]). 2) Wenn Inteſtaterbfolge gegen ein Teſtament (successio contra testamentum) oder neben demſelben eintritt; ſo kann als Inteſtaterbe auch der concurriren, der in dem Teſtament geſetzlich enterbt worden iſt [h]). 3) Inteſtaterben können auch in dem Teſtament als Erben eingeſetzt werden und ſind dann in Anſehung des Befugniſſes, die durch Teſtament deferirte Erbſchaft auszuſchlagen, beſchränkt [i]).

a) pr. I. de hered., quae ab intest. def. Erbgeſ. §. 1.

b) Vgl. §. 833. not.

c) Erbgeſ. §. 2. 4. 6.; vgl. mit den Bemerk. §. 678. 684. 691.

Dies Alles jedoch mit der Beſchränkung, daß nicht eine andre Abſicht des Teſtirers nachgewieſen werden kann. §. 7. Ob man bei der Nachweiſung einer ſolchen Abſicht lediglich auf Aeußerungen in dem Teſtament, oder allgemein auch auf was irgend für Aeußerungen deſſelben ſich beziehen könne? iſt nicht geſagt. Das Erſtere ſcheint allerdings dem Satz analog, daß über Einräumung und Entziehung des Erbrechts direct nur in einem Teſtament verfügt werden kann; a. §. 2. I. de cod. l. 2. §. 1. D. de jure cod. und zu der Gültigkeit einer fideicommiſſariſchen Dispoſition dieſer Art, wenigſtens die solemnitates codicillorum (denn l. ult. C. de fid. ſcheint hier kaum anwendbar) erforderlich ſind; vgl. Rehrhof v. Holderberg Arch. I. 1. Für eine bloße, keiner Solennität bedürftige Erläuterung des Teſtaments kann man aber wohl eine Aeußerung, welche die Ausſchließung eines geſetzlichen Erbrechts bezweckt, ſchwerlich anſehen. Auch dürfte nur mit der angenommenen beſchränkenden Interpretation der angeführten Stelle zahlloſen Streitigkeiten über Umfang teſtamentariſcher Verfügungen vorgebeugt werden. Ein Fall, in welchem die Abſicht des Teſtirers die Inteſtaterbfolge auszuſchließen, auch ohne beſtimmte Anordnung in dem Teſtament am deutlichſten vorliegt, möchte der ſeyn, wenn der Teſtirer in dem Teſtament ſein Vermögen ſpecificirt und dies unter die eingeſetzten Erben gehörig vertheilt hätte, zu dieſem Vermögen aber noch etwas hinzuzurechnen ſeyn würde, was der Erblaſſer entweder nicht gekannt oder außer Acht gelaſſen hat. Zweifelhafter iſt dagegen der Fall, wenn nach errichtetem Teſtament vor dem Tode des Teſtirers das Vermögen Zuwachs empfängt; namentlich wenn dieſer Zuwachs von außen her, nicht aus dem Vermögen, über welches disponirt worden iſt, erfolgt.

d) Erbg. §. 2. Sind jedoch von der Geſammtheit des Nachlaſſes nur einzelne Sachen ausgeſchloſſen geblieben, ſo fallen dieſe zwar ebenfalls an die Inteſtaterben, aber nicht als Erbportion, ſondern als Legat; vgl. §. 679. not. e. §. 680. not. f. §. 681. not. h.

e) Erbg. §. 6.; vgl. §. 684. 691. Durch die Beſtimmung von §. 2. u. 6. des Erbgeſ. werden auch alle die Schwierigkeiten gehoben, welche nach gemeinem Recht in dem Fall, wenn ein Erbe bloß ex usufructu ernannt worden war, eintreten mußten; vgl. Ulr. Huber. prael. ad Pand. XXVIII. 5. §. 9. und daſ. den Streit mit Thomaſius, Wiſſenbach diss. ad Pand. XXVIII. 5. §. 13. Z. Huber. cas. enucl. quaest. 8. et 9.

f) Erbg. §. 4. Hierdurch iſt das jus accrescendi unter den Miterben beſchränkt. Mehr davon unten.

g) Das Erbgeſetz ſagt freilich davon nichts. Aber die Sache ſelbſt kann wohl nicht anders ſeyn. Fand doch etwas Aehnliches bei der querela inoff. test. des ältern Rechts Statt, l. 15. §. 2. D. de

inoff. test.; vgl. auch l. 1. §. 6. D. de bon. poss. sec. tab., und was namentlich das Verhältniß des vertragsmäßigen und geſetzlichen Erben anlangt, Glück Comm. XXXV. §. 1420. S. 84. XXXVIII. §. 1425. f. S. 84. Auch läßt ſich aus den Beſtimmungen des Erbgeſetzes §. 3. u. 6., über den Eintritt der Inteſtaterben als Legatare oder Fideicommiſſare vermöge eines arg. a contrario zu obigem Satz gelangen.

h) Auch darüber ſchweigt das Erbgeſetz. Ueber das gem. Recht vgl. die Bemerkungen zu §. 732. b. not. e., und was Teſtamente betrifft, welche nach der N. 115. ungültig ſind, Mühlenbruch XXXVII. §. 1425. b. S. 271. Daß, wenn Inteſtaterbfolge contra testamentum eintritt, mit dem Teſtament nach ſächſ. Recht die in demſelben ausgeſprochene Enterbung wegfalle, läßt ſich nicht bezweifeln. Iſt aber die Rede von einer nach dem Erbg. neben dem Teſtament eintretenden Inteſtaterbfolge, ſo erregt §. 7. des Erbg. Zweifel. Daß der Teſtirer den Enterbten ausgeſchloſſen wiſſen wollte, liegt klar vor. Aber wem fällt nun der Theil zu, auf den er ab intestato Anſpruch zu machen berechtigt geweſen wäre? dem Teſtamentserben oder den Inteſtaterben, welche mit oder nach dem Enterbten zur Succeſſion berufen ſind, oder vielleicht beiden, pro rata portionis? Es ſcheint, als ob der Teſtirer bei der Enterbung zunächſt und vornehmlich das Intereſſe des eingeſetzten Erben vor Augen gehabt habe, mithin dieſem der Antheil des Enterbten zufallen zu müſſen.

i) Vgl., was letztern Punkt betrifft, §. 974. Iſt der eingeſetzte Inteſtaterbe der alleinige nächſte Inteſtaterbe, ſo verlieren die Dispoſitionen des Erbgeſ. §. 2. ff. ihre Bedeutung; und nur das kann in Frage kommen, ob der Erbe, wenn er in dem Teſtamente mit Legaten belaſtet, der in dem Teſtament beſchiedene Erbtheil aber zu Entrichtung der Legate nicht hinreichend befunden worden iſt, das Mangelnde aus dem jure intestati anfallenden Erbtheil ergänzen müſſe? §. 5. des Erbgeſetzes hilft hier ſchwerlich aus; denn in dem angenommenen Fall iſt weder von einem an die Stelle treten, noch von Legaten, welche auf den ab intestato anfallenden Erbtheil gelegt ſind, die Rede. Dennoch ſcheint die Frage nach §. 789. 802. bejaht werden zu müſſen. Sind neben dem eingeſetzten mehrere gleich nahe Inteſtaterben vorhanden, ſo iſt wenigſtens ſo viel ausgemacht, daß dieſen kein Recht zuſtehe den eingeſetzten von der Theilnahme an der Inteſtatſucceſſion auszuſchließen. Ob nicht dagegen letztern §. 7. des Erbg. gegen die übrigen zu Statten komme? ſteht dahin.

§. 839.

Zur Inteſtaterbfolge in Allodialvermögen werden in den Geſetzen zunächſt 1) die Verwandten*) (Cap. 1.); 2) der

überlebende Ehegatte (Cap. 2.) [b]); 3) gewiſſe öffentliche Anſtalten gerufen. In deren Ermangelung die Verlaſſenſchaft als erblos vacant dem Fiscus zufällt. Die Succeſſion dieſer Perſonen geſchieht in den ganzen Nachlaß des Erblaſſers, ohne daß namentlich bei der Succeſſion der Ehegatten und Verwandten darauf geſehen wird, von wem der Erblaſſer ſein Vermögen erworben habe [c]).

a) Daß Schwägerſchaft kein Erbrecht giebt, l. 3. §. 7. C. comm. de succ.; vgl. Glück Inteſtaterbfolge §. 12.

b) Erbg. §. 11. Ob und in wieweit auch auf dieſe Perſonen die §. 2. ff. des Erbgeſ. enthaltenen Beſtimmungen Anwendung leiden? ſ. §. 678. not. d.

c) Es kommt alſo nichts auf den Unterſchied inter bona paterna et materna an. Erbg. §. 102.; vgl. H. Piſtoris obs. 51. n. 2. Carpzov p. III. c. 14. def. 2. Berlich concl. p. III. c. 20. n. 14. und dagegen Glück §. 172.

Erſtes Capitel.

Von der Inteſtaterbfolge der Verwandten.

§. 840.

Bei der geſetzlichen Erbfolge der Verwandten iſt es theils das Succeſſionsrecht, jus succedendi, theils, da nicht alle, welche berechtigt ſind, ab intestato zu ſuccediren, gleichzeitig ihr Recht in Ausübung bringen können, die Ordnung, in welcher ſie daſſelbe geltend zu machen haben, ordo succedendi [a]), welche in Betracht kommen. Was I. das Succeſſionsrecht anlangt, ſo iſt in Anſehung der leiblichen Verwandten zu bemerken: 1) nicht bloß die durch geſetzliche Ehe, ſondern auch die durch außereheliche Zeugung vermittelte Verwandtſchaft giebt ein geſetzliches Erbrecht [b]) mit dem Unterſchied, daß ein Erbfolgeverhältniß bei erſterer zwiſchen dem Erzeugten und beiden Eltern, ſo wie deren Verwandten [c]), bei letzterer zwiſchen dem Erzeugten und der Mutter, ingleichen deren Verwandten hergeſtellt wird [d]). 2) Das Succeſſionsrecht iſt für jedes dieſer Verhältniſſe gegenſeitig [e]). 3) Doppelte oder

mehrfache Verwandtſchaft giebt in der Regel ein Recht auf doppelte oder mehrfache Erbportion [f]). II. Die Succeſſionsordnung beſtimmt ſich A) zunächſt nach gewiſſen auf einander folgenden Claſſen, deren jetzt, nach ſächſ. Recht wie nach gemeinem Recht vier, wiewohl auf andre Weiſe als nach gem. Recht beſtimmt ſind [g]). Dieſe Claſſen ſind 1) die Claſſe der Deſcendenten, 2) die Claſſe der Adſcendenten, abweichend von der Claſſe der Adſcendenten des gemeinen Rechts [h]), allein übereinſtimmend mit der zweiten Claſſe des ältern ſächſ. Rechts [i]), 3) die dritte Claſſe der Geſchwiſter und ihrer Abkömmlinge, welche mehr der dritten Claſſe des gemeinen Rechts ſich nähert, und weſentlich verſchieden iſt von der dritten und letzten Claſſe des ältern ſächſ. Rechts [k]), 4) die vierte Claſſe der Seitenverwandten, welche ſowohl von der des gem. Rechts als von der dritten Claſſe des ältern ſächſ. Rechts in Anſehung der Ordnung, nach welcher in der dritten Claſſe des ältern Rechts Seitenverwandte ſuccedirten, durch eine auch hier angenommene Beſchränkung des Satzes: proximior excludit remotiorem, ſich unterſcheidet [l]). B) In jeder dieſer Claſſen regulirt ſich nämlich die Ordnung der Erbfolge entweder nach dem angegebenen, auf dem Grad der Verwandtſchaft zwiſchen dem Erblaſſer und dem zur Succeſſion Berechtigten beruhenden Satz, vermöge deſſen nicht nur Abkömmlinge eines Erbberechtigten von der Succeſſion ausgeſchloſſen werden, ſo lange dieſer als Erbberechtigter concurrirt [m]), ſondern auch andre Verwandte entferntern Grades nicht zur Succeſſion gelangen, ſo lange ein näherer Erbberechtigter vorhanden iſt; oder nach dem ſogenannten jus repraesentationis [n]), vermöge deſſen neben dem dem Grade nach nächſten Verwandten die Abkömmlinge eines gleich nahen Verwandten, welcher den Anfall nicht erlebt hat, in derſelben Claſſe ſuccediren [o]). Dies Repräſentationsrecht, welches in der erſten Claſſe in infinitum gilt [p]), während es in der dritten nur unter Beſchränkung eintritt [q]), und in der vierten, wie gedacht, ganz wegfällt, bewirkt eine Repräſentation des verſtorbenen Erbfolgeberechtigten durch ſeine Deſcendenten inſofern, als letztere von

dem Nachlaß den Theil empfangen, welchen der Verſtorbene erlangt haben würde, wenn er den Erbanfall erlebt hätte[r]), obwohl das Succeſſionsrecht ſelbſt nicht erſt durch letztern auf ſeine Deſcendenten übergetragen wird[s]), mithin auch keinesweges erforderlich iſt, daß letztere Erben ihres Vorgängers geworden ſeyen[t]). Uebrigens iſt hierbei noch zu bemerken: α) So wie der Wegfall einer vorhergehenden Claſſe den Eintritt der nächſtfolgenden bewirkt, ſo kann in derſelben Claſſe der Wegfall des nähern Erbberechtigten das Nachrücken eines entferntern zur Folge haben. Dies jeden Falls dann, wenn ein Vorberechtigter vor Delation der Erbſchaft verſtorben, die Erbſchaft ihm gar nicht deferirt worden iſt[u]). Wenn aber nach erfolgter Delation der Vorberechtigte die Erbſchaft entweder ausſchlägt, oder vor der Erklärung ſie anzunehmen verſtirbt, ſo fragt ſich, ob auch hier ein Nachrücken der Claſſen, und in derſelben Claſſe ein Nachrücken des entfernten Erbberechtigten, successio ordinum et graduum, eintrete[v])? Daß successio ordinum eintrete, darüber kann gar kein Zweifel Statt finden[w]). Aber auch successio graduum läßt man nach gem. Recht gelten[x]). Das neuere ſächſ. Recht beſtimmt in dieſer Hinſicht, daß 1) in dem Fall des Todes des Näherberechtigten das Recht, den Nachlaß anzunehmen oder auszuſchlagen, auf deſſen Erben übergeht[y]); 2) wogegen in dem Fall der Ausſchlagung die Sache ſo angeſehen wird, als ob der Entſagende vor Delation der Erbſchaft verſtorben ſey[z]), wobei jedoch in cl. I. et III. auch die Deſcendenten von der Succeſſion ausgeſchloſſen werden[aa]). Uebrigens wird eine ſolche successio nicht bloß durch Transmiſſion, ſondern auch bei dem Daſeyn mehrerer Erbberechtigten durch das jus accrescendi ausgeſchloſſen[bb]); β) wenn ein einziger zur Erbfolge Berechtigter vorhanden iſt, ſo wird der ganze Nachlaß, in ſoweit er der Inteſtaterbfolge anheim gefallen war, auf dieſen verfällt[cc]). Mehrere Gleichberechtigte aber treten als Miterben ein; und der ihnen angefallene Nachlaß unterliegt nun einer Theilung, die ſowohl nach Köpfen, als nach Stämmen erfolgen kann. In dieſem Fall un-

terſcheidet man daher eine successio in capita und in stirpes [dd]), von welcher die erſtere in allen Claſſen, die letztere aber nur in Folge des Repräſentationsrechts in der erſten und dritten Claſſe vorkommen kann [ee]). γ) In Anſehung aller dieſer Beſtimmungen iſt, um zu entſcheiden, wer als Erbberechtigter und in welcher Maaße er eintrete, der Zeitpunkt des Anfalls der Erbſchaft zu beachten, und dieſer Zeitpunkt iſt im Allgemeinen die Zeit des Todes des Erblaſſers; in dem Fall aber, wenn Inteſtaterbfolge eintritt, weil der eingeſetzte teſtamentariſche Erbe die deferirte Erbſchaft ausgeſchlagen hat, wenigſtens nach gemeinem Recht, der Zeitpunkt der Repudiation [ff]).

a) Vgl. §. 642. Poſſe in der daſ. angef. Schrift, ingleichen in einer andern unter dem Titel: Abhandl. der Erbfolge in Lehn- und Stammgüter ohne den Unterſchied zw. Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung. Leipzig 1800. hat die Begriffe Succeſſionsrecht und Succeſſionsordnung beſtritten; am Ende aber nur andre Namen dafür geſetzt; vgl. über dieſen Streit Danz Comm. zu Runde VII. S. 323. VIII. S. 47. und Grieſinger in der Fortſ. IX. S. 344. u. ff., wo der ganze Streit nur zu weitläufig auseinandergeſetzt wird; vgl. übrigens auch Kind I. qu. 6. Rückſichtlich der teſtamentariſchen Erbfolge läßt ſich zwar bei Subſtitutionen ebenfalls Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung unterſcheiden, allein die Unterſcheidung iſt hier von keinem praktiſchen Nutzen. Wichtig iſt dagegen, wie ſchon oben bemerkt ward, dieſer Unterſchied bei der freilich nur ſingulären Succeſſion in Familienfideicommiſſe (§. 809.), ſo wie überhaupt bei jeder successio, welche ex providentia majorum geſchieht, wie die Lehnsfolge. Aber auch bei der gemeinrechtlichen Inteſtaterbfolge iſt, wie nach dem Folgenden ſich nicht verkennen läßt, der Unterſchied zwiſchen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung ſo ſehr durch die Natur der Sache gegeben, daß er nicht füglich übergangen werden kann. Die gemeinrechtliche successio ab intestalo der Verwandten gründet ſich bekanntlich auf Novelle 118.; über welche außer den bereits angeführten Schriftſtellern über Inteſtaterbfolge zu vergleichen: Büchel civilrechtl. Erört. II. 2. Marburg 1839, enthaltend: Streitfragen aus N. 118.

b) Erbg. §. 13. u. 17.

c) Das Erbg. zeigt dies, indem es §. 13. anführt, welchen Perſonen ehelich erzeugte Kinder ſuccediren können. Wer den ehelich erzeugten Kindern gleich ſtehe, davon iſt §. 17. 20—23. die Rede; vgl. §. 842.

d) Erbg. §. 17—19. Ueber Legitimirte §. 20—23.

e) Erbg. §. 24. 40. Eine Ausnahme findet in Anſehung der Abſcendenten Statt, §. 39.; wovon unten; vgl. Koch succ. ab int. §. 51. Glück §. 25. S. 165. Biener qu. 77. in opusc. II. p. 291. Madihn Miſcellen n. 27. Roßhirt II. §. 8. Auf die durch Adoption vermittelte Verwandtſchaft iſt dieſe Regel nicht anwendbar; vgl. Erbg. §. 53.

f) Ueber das gemeine Recht vgl. Koch succ. ab int. §. 20. Auctar. III. de cognat. duplicibus etc.; ingl. deſſen Grundlinien einer neuen Theorie von der Succ. mehrf. Verwandten. Gießen 1798. Glück §. 19. 39—41. H. J. Klüpfel über die Vielfachheit der Verwandtſchaft u. ihre Wirkungen. Stuttg. 1792. und deſſen Verſuche über einzelne Theorien des bürgerl. Rechts. ib. 1817. n. IV. Das Erbg. §. 28. beſtimmt, daß der, welcher mit dem Erblaſſer durch mehrere Linien verwandt iſt, in der Regel in jeder Linie den daraus ihm gebührenden Erbtheil erhalte. Ausnahme gilt in cl. IV. der Seitenverwandten §. 46.; einer Claſſe, in welcher auch kein Repräſentationsrecht und keine successio in stirpes gilt. Hiermit ſcheint nun diejenige Anſicht der Rechtslehrer befolgt worden zu ſeyn, nach welcher doppelte Verwandtſchaft (zu unterſcheiden von der duplicitas vinculi, Glück §. 22. S. 77., welcher bei der Claſſe III. der Geſchwiſter in Betracht kommt), nur in den Fällen ein Recht auf eine doppelte Erbportion giebt, in welchen eine successio in stirpes vorkommt; vgl. Glück §. 41. Eben ſo ſcheint ausgeſprochen, daß die doppelte Verwandtſchaft, welche durch Adoption eines entferntern Deſcendenten vermittelt wird, keinen Anſpruch auf doppelte Erbportion gewährt.

g) Erbgeſ. §. 25.

h) Weil in dieſer Claſſe neben den Abſcendenten vollbürtige Geſchwiſter und deren Kinder concurriren. N. 118. c. 2. Glück §. 167.

i) Sachſenſp. I. Art. 17. C. P. Richter. de succ. ab int. sect. II. m. 1. n. 3. Carpzov p. III. c. 17. def. 6. 7.

k) Weil in dieſer Claſſe das jus repraesentationis Statt findet, wie nach gem. Recht N. 118. c. 3. Wormſer Reichsabſch. v. 1521. §. 18. 19. in Emminghauß corpus juris german. tom. 1. p. 139.; vgl. Koch §. 79. 80. Glück §. 175. ff., jedoch nicht bloß, wie nach gem. Recht, mit Beſchränkung auf Deſcendenten des erſten Grads, wenn dieſe mit Geſchwiſtern concurriren, Erbg. §. 42.; während nach älterm ſächſ. Recht das jus repraesentationis in der Seitenlinie gänzlich ausgeſchloſſen war; vgl. Reſcr. Herz. Georgens von 1522. C. A. tom. I. p. 1043. c. 18. p. III. und dazu Carpzov def. 4. 5. Richter l. l. n. 64. 75. m. 4. n. 14.

l) Erbgeſ. §. 45.

m) Erbg. §. 31. 36. 42. 45.

n) Vgl. Hugo civil. Mag. V. 9. S. 254. Koch §. 12. Glück

§. 23—26. deſſen diss. de fratrum german. liberis ex jure repraes. succed. §. 2. 3. 4. in opusc. IV. p. 153. Ob der Ausdruck jus repraesentationis römiſch ſey, und über die Realität des Begriffs ſelbſt, vgl. Mühlenbruch doctr. pand. III. §. 631. not. 3. Roßhirt a. a. O. Hptſt. II. §. 7. 21. Francke Beitr. z. Erläut. von Rechtsmater. n. 8. S. 176. Auch in dem Erbg. iſt der Ausdruck vermieden. Wir gebrauchen denſelben der Kürze halber, ohne denjenigen beizupflichten, welche aus dem willkürlich gebildeten Begriff Sätze ableiten wollen, die in den Geſetzen ſelbſt keine Beſtätigung finden.

o) Erbg. §. 32. 33. 42.

p) N. 118. c. 1. Erbg. §. 32. 33.

q) Vgl. not. k. Büchel a. a. O. S. 217.

r) N. 118. cap. 1. 3. Erbg. §. 32. 43.

s) Dies iſt einer der unerweislichen Sätze, welche man aus dem willkürlichen Begriff jus repraesentationis bald allgemein, bald mit Beſchränkung auf die Deſcendenz der Geſchwiſter abgeleitet hat; vgl. über dieſen Punkt Glück §. 23. ff. Kind II. 60. und die daſ. angef. Rechtslehrer, dagegen aber Roßhirt und Francke a. a. O. Die, welche ſchon früher den im Text erwähnten Satz beſtritten, behaupteten dagegen, daß Enkel und Kinder der Geſchwiſter jure proprio ſuccediren, Kind l. l. und die daſ. not. i. angeführten Rechtslehrer, beſonders J. Fr. Doles de jure repraes. in succ. descend. exule. L. 1778.; vgl. §. 843.

t) Erbg. §. 34. 44. Wenn man übrigens daraus die Folge gezogen hat, daß Enkel und entferntere Deſcendenten dasjenige nicht zu conferiren hätten, was ihr Vorgänger zu conferiren ſchuldig war, ſo iſt durch das Erbg. §. 35. das Gegentheil angeordnet worden; vgl. §. 843. 926. 928.

u) N. 118. praefat. Koch succ. ab int. §. 20. Glück §. 149. 150. Büchel a. a. O. S. 82. ff.

v) Alſo eine successio in der successio, wobei freilich zu bedauern iſt, daß man für die Succeſſion, von welcher hier geredet wird, keinen andern bequemen Ausdruck ſubſtituiren kann; vgl. über dieſe successio Koch §. 102. sq. deſſelben bonor. possessio §. 27. Glück §. 45. ff. §. 150—152. Roßhirt I. §. 25. II. §. 27., deſſen Zeitſchrift II. S. 58. Francke a. a. O. S. 171. Schweppe §. 880. Büchel a. a. O. S. 94.

w) Nach dem ältern römiſchen Recht galt freilich ſelbſt successio ordinum dann nicht, wenn ein Erbberechtigter der vorhergehenden Claſſe abſtinirt oder repudiirt hatte; wo erſt durch das edict. praetoris eine successio eingeführt ward; vgl. Koch l. l. Th. Seeger. de edicto success. L. 1769. Glück §. 102. sqq.

x) Durch daſſelbe Edict ward auch eine successio graduum, aber nur in der dritten Claſſe, cl. cognatorum, eingeführt. Eine Erweiterung der succ. graduum erwähnt §. 7. I. de leg. agn. succ. Allein die N. 118. enthält über dieſen Punkt nichts. Dennoch nimmt man nach der erwähnten Novelle auch succ. graduum an; vgl. Glück §. 150. IV. S. 570. §. 151. Koch a. a. O. Roßhirt §. 27. Dieſe Rechtslehrer divergiren aber in ihren Anſichten inſofern, als ſie in dem Fall, wenn der Erbberechtigte nach erfolgter Delation, aber vor erklärtem Antritt der Erbſchaft ſtirbt, verſchiedene Meinungen über das Verhältniß der successio zu dem jus transmittendi und accrescendi hegen; vgl. Büchel a. a. O. S. 119. 128.

y) Erbg. §. 8. Schlägt der Erbe des Erben die Erbſchaft noch aus, ſo tritt jeden Falls §. 111. ein. Hiermit iſt alſo succ. graduum wenigſtens dann ausgeſchloſſen, wenn der Erbe des Erben dieſelbe annimmt. Ueber Verzicht auf eine noch nicht deferirte Erbſchaft, von welcher in dem Erbgeſ. überall nicht die Rede iſt, vgl. §. 836.

z) Erbg. §. 111. Das Geſetz ſagt daſſelbe mit den Worten, daß es angeſehen werden ſolle, als ob der Entſagende vor dem Erblaſſer verſtorben ſey. Hiermit ſcheint denn ausgeſprochen, daß in dem Fall der Repudiation des Erbberechtigten succ. graduum gelte. Allein in cl. I. et III. wird dies durch den folgenden Satz des angef. §. beſchränkt.

aa) Erbg. a. a. O.; eine Beſtimmung, die freilich mit dem §. 34. u. 44. anerkannten Satz, daß Deſcendenten jure proprio ſuccediren, nicht recht in Einklang zu bringen iſt. Daß die Deſcendenten Erben geworden ſeyn müſſen, wird nicht geſagt, allein es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß, wenn dies der Fall iſt, die Deſcendenten nun um ſo mehr ausgeſchloſſen bleiben, weil ſie dann auch die facta des defunctus zu vertreten haben. In cl. II. et IV. ſcheint dieſe Beſtimmung aus keinem andern Grund wegzufallen, als weil in dieſen Claſſen kein jus repraesentationis, ſondern der Satz proximior excludit remotiorem gilt. Es fragt ſich übrigens, ob die Beſtimmung des Erbg. §. 111. auch auf den Fall anzuwenden ſey, wenn nach erlaſſener Edictalcitation ad eruendos heredes der nächſte Erbe präcludirt worden iſt, und ob die nachfolgenden Erbberechtigten, um an deſſen Stelle treten zu können, in termino ſich angegeben haben müſſen? Von dem App.-Gericht zu Leipzig iſt ein Urthel erſter Inſtanz, welches in dieſem Fall auf Präcluſion erkannt hatte, beſtätigt worden, M. April 1837.

bb) Vgl. Koch und Glück, ingl. Francke und Roßhirt a. a. O. Mehr davon unten §. 895., wenn von dem jus accr. unter Erben überhaupt die Rede geweſen ſeyn wird.

cc) Glück §. 33. Erbg. §. 30. 36. 37.

dd) Glück §. 31. 32. 34. 35. Koch succ. ab int. §. 13. Büchel a. a. O. n. 3. S. 81. 119.

ee) Successio in capita kömmt in cl. II. et IV., wo kein jus repraesentationis gilt, allemal vor, inſofern ſie nicht in cl. II. durch die dieſer cl. eigenthümliche successio in lineas modificirt wird. In cl. I. et III. kann ſie vorkommen; in jener, wenn lauter Deſcendenten des erſten Grads, in letzterer, wenn lauter Geſchwiſter concurriren. Zufällig fällt succ. in capita und in stirpes zuſammen, wenn in jeder Linie nur ein Erbberechtigter iſt.

ff) Koch l. l. §. 10. 11. Glück §. 20. 28. 38. Nach dem Erbg. §. 26. iſt in allen Fällen, den der Repudiation, ingleichen den Fall, wenn die Erbſchaft einem noch im Mutterleibe befindlichen Kinde aufzuheben iſt, dieſes aber todt oder ſonſt nicht rechtsfähig zur Welt kommt, mit eingeſchloſſen, die Zeit des Todes des Erblaſſers zu berückſichtigen, wenn es darauf ankommt, die Nähe der Verwandtſchaft zu beſtimmen. Ueber den Zeitpunkt der Delation hinſichtlich des Vermögens eines für todt erklärten Abweſenden vgl. §. 27. ib.; vgl. Handb. §. 65. 66., ingl. Excurſe I. S. 81. III. S. 501.

A. Von der Erbfolge der Deſcendenten.

§. 841.

Die Deſcendenten ſind entweder eheliche oder uneheliche Kinder: I. den ehelichen Kindern ſteht ohne Unterſchied des Geſchlechts und Grads ein gleiches Erbrecht auf die Verlaſſenſchaft ihrer Eltern zu [a]). Doch ſind in Abſicht auf die Theilung der Erbſchaft folgende Regeln zu bemerken: 1) Sind bloß Kinder, oder Deſcendenten des erſten Grads vorhanden, ſo ſuccediren ſie in capita, d. h. es werden ſoviel gleiche Erbtheile gemacht, als Perſonen ſind; 2) wenn hingegen Deſcendenten des zweiten oder entferntere Grade mit Kindern des erſten Grads zuſammen kommen, ſo ſuccediren die erſtern in stirpes, d. h. ſie bekommen zuſammen den Antheil, welchen ihr Vater oder ihre Mutter, wenn ſie noch am Leben wären, erhalten haben würden; 3) ſind endlich die Deſcendenten des erſten Grads ſämmtlich noch vor dem Erblaſſer verſtorben, und nur Enkel oder entferntere Deſcendenten vorhanden, ſo wird ebenfalls in stirpes ſuccedirt, d. h. es werden ſoviel Theile gemacht, als Kinder des erſten Grads vorhanden waren [b]).

a) Nov. 118. cap. 1. Auch die noch nicht gebornen Kinder ſind nach dem bekannten Satz: nasciturі pro natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, erbfähig; und zu Wahrnehmung ihrer

Gerechtſame tritt cura ventris u. bonor. possessio ventris nomine ein; vgl. unten §. 897. Daß Deſcendenten entfernterer Grade von der Erbfolge ausgeſchloſſen ſind, ſo lange ihre Eltern noch leben, ſ. Erbg. §. 31. Enkel können daher ihre Großeltern nicht beerben, wenn zur Zeit der Delation des großelterlichen Nachlaſſes ihre Eltern leben, und das ſpäter erfolgte Ableben kann ihnen nur vermöge der successio (vgl. §. 840.) einen Anſpruch auf die Verlaſſenſchaft der Großeltern geben. Ob auch dann, wenn ſie erſt nach dem Tode der Großeltern erzeugt worden ſind? das kann in Frage kommen in folgendem Fall: ein Vater enterbt ſein Kind und ſetzt einen Fremden als Erben ein. Nach dem Tode des Vaters, während der eingeſetzte Erbe deliberirt, erzeugt das enterbte Kind einen Sohn, oder eine Tochter, und ſtirbt darauf. Geſetzt nun, der deliberirende Erbe entſchließt ſich zur Repudiation, kann dann das von dem Enterbten erzeugte Kind Anſpruch an die großelterliche Verlaſſenſchaft machen? vgl. Glück §. 153. S. 584. n. 3., welcher mit mehrern ältern Rechtslehrern dieſe Frage bejahet; vgl. Löbenſtern in Linde's Zeitſchr. IX. 7. n. 2. S. 215. Nach dem Erbg. §. 26. 2. ſcheint freilich das Gegentheil angenommen werden zu müſſen; vgl. auch Mühlenbruch §. 631. not. 10. Büchel a. a. O. n. 1. S. 2. ff. Daß auch jüngere Kinder gegen ältere keinen Anſpruch auf einen größern Erbtheil haben, weil auf ihre Erziehung weniger verwendet worden iſt, ſ. Erbg. §. 30.

b) ibid. Koch de succ. ab int. Auctar. IV. p. 295. sqq. Erbg. §. 32. 33. Ueber die Anſicht Anderer, welche nach gem. Recht wenigſtens dann verſchiedener Meinung ſind, wenn es darauf ankommt, die Größe des Pflichttheils nach der Zahl der concurrirenden Notherben (§. 696.) zu beſtimmen, vgl. Glück §. 36. S. 131. §. 161. S. 614.

§. 842.

Den aus einer rechtmäßigen Ehe erzeugten Kindern werden in Abſicht auf die Erbfolge gleich geachtet: 1) die aus einer vermeintlich rechtmäßigen Ehe erzeugten Kinder[a]); 2) diejenigen, welche nach einem öffentlichen Ehegelöbniſſe, ohne Vollziehung der Ehe, geboren worden ſind[b]); 3) die durch nachfolgende Ehe[c]), oder landesherrliches Reſcript legitimirten Kinder, dafern nur letztern Falls der Vater ſelbſt um das dem legitimirten Kinde zu ertheilende Erbrecht ausdrücklich nachgeſucht hat[d]).

a) cap. ult. X. qui filii sint leg. Landr. III. Art. 27. Winckler ad Berger. II. Oec. 4. 37. Glück Inteſtaterbf. §. 156. Comment. II. §. 116. b. Handb. I. §. 55. Erbg. §. 14. Vorausge-

ſetzt wird allemal eine durch prieſterliche Trauung vollzogene Ehe, geſetzt auch, daß ſie nachmals geſchieden oder für nichtig erklärt würde. Statt der prieſterlichen Trauung muß aber bei Ehen von Juden, ingleichen bei chriſtlichen im Auslande geſchloſſenen Ehen, auch jeder andre gleichgeltende Act als ausreichend angenommen werden; vgl., was jüdiſche Ehen betrifft, V. v. 6. März 1839. (GS. n. 49.) §. 1. Uebrigens ſcheint nach dem Erbgeſetz bona fides der Eltern im Allgemeinen nicht erforderlich. Nur dann, wenn das Beſtehen der vollzogenen Ehe nicht geduldet werden kann, wird vorausgeſetzt, daß die Eltern zur Zeit der Verehelichung in bona fide geweſen ſind.

b) Decif. 49. v. J. 1661. Erbg. §. 14. ſ. oben §. 55. Koch succ. ab int. §. 27. Glück §. 155. J. W. V. 16. Auf die Gründe, aus welchen die Vollziehung der Ehe unterblieben iſt, kommt überall nichts an. Ob man wie putative Ehe, ſo auch putative Ehegelöbniſſe annehmen könne, wie Koch l. l. behauptet, bezweifelt mit Recht Glück a. a. O. S. 599. Wäre die entgegengeſetzte Meinung richtig, ſo müßte man am Ende auch eine leg. per subsequentia sponsalia annehmen; vgl. dagegen Erbg. §. 15. und Handb. I. §. 173. Indeß ſcheint gleichwohl §. 14. des Erbg. in dem Geiſt der Koch ſchen Anſicht abgefaßt, wenn es daſelbſt heißt, daß Brautkinder für uneheliche nur unter der Vorausſetzung geachtet werden ſollen, unter welcher ſelbſt nati ex matrimonio putativo für unehelich geachtet werden; vgl. die vorhergehende Note. In allen übrigen Fällen ſind alſo auch nati ex sponsa als legitimi anzuſehen. Die Beſtimmungen des neueſten ſächſ. Rechts rückſichtlich der Sponſalien, vgl. I. §. 90., enthalten nichts über die Rechte der Brautkinder, obwohl eine ihrem Hauptzweck nach unverbindliche Vereinigung, wie das Ehegelöbniß in ſeiner dermaligen Geſtalt, und Gleichſtellung der aus einer ſolchen Verbindung erzeugten Kinder, mit den aus geſetzlicher Ehe erzeugten Kindern kaum vereinbar ſcheint; vgl. J. W. VII. 63. Uebrigens entſteht die Frage, was Rechtens ſey, wenn Jemand bina sponsalia contrahirt hätte und aus beiden Kinder erzeugt worden ſind? Sind hier alle dieſe Kinder als Brautkinder anzuſehen, die wie Kinder aus verſchiedenen Ehen ſuccediren? Dürften in dieſer Beziehung die Handb. I. §. 101. aufgeſtellten Grundſätze noch Anwendung finden, ſo müßte man die zweiten sponsalia als nichtig anſehen, und bloß den Kindern aus den erſten Sponſalien die Rechte der Brautkinder zugeſtehen; inſofern nicht wiederum die Kinder aus dem zweiten Bündniß als putative Brautkinder anzuſehen ſeyn ſollten.

c) l. 10. C. de natural. lib. Nov. 89. c. 8. ſ. oben §. 174. Auch die aus Ehebruch erzeugten Kinder werden durch nachfolgende Ehe der Eltern, ſofern dieſelbe zuläſſig iſt (§. 88.), legitimirt, mithin ſolchenfalls gleich den ehelichen Kindern zur Erbfolge gelaſſen. Böhmer I. E. P. L. IV. T. 17. §. 16. Pufendorf T. I. Obs. 163.

Koch de success. ab int. §. 28.; vgl. Erbg. §. 15. 16., welches, vorausgeſetzt, daß die Ehe nicht zu den §. 14. erwähnten völlig verbotenen gehört, von Zeit dieſer Verehelichung an allen früher erzeugten unehelichen Kindern oder deren Abkömmlingen die Rechte legitimer Kinder ertheilt; vgl. Handb. I. §. 174.

d) Vgl. Handb. I. §. 177. und daſ. not. a. Erbg. §. 20. 22. Das daſ. den durch Reſcript legitimirten Kindern zugeſtandene Erbrecht ſteht auch bei Söhnen ihrer ehelichen, bei Töchtern ihrer ehelichen und unehelichen Deſcendenz zu; Erbg. §. 23.

§. 843.

Wir bemerken noch: 1) Wenn Kinder aus verſchiedenen Ehen concurriren, ſo ſteht ihnen zwar auf die Verlaſſenſchaft des Vaters oder der Mutter, welche ſie gemeinſchaftlich haben, ebenfalls ein gemeinſchaftliches Erbrecht zu; hingegen können ſie auf die Erbſchaft des Stiefvaters oder der Stiefmutter keine Anſprüche machen [a]). 2) Wenn mehrere aus verſchiedenen Ehen erzeugte Kinder, den Vater oder die Mutter, welche ſie gemeinſchaftlich haben, beerben, ſo theilen ſie die Erbſchaft zu gleichen Theilen, ohne daß auf die Verſchiedenheit des Vermögens, und, wo daſſelbe herrühre, einige Rückſicht genommen wird [b]). 3) Wenn Enkel ihren Großeltern anſtatt ihrer vorher verſtorbenen Eltern ſuccediren, ſo erben ſie vermöge ihres eignen Rechts, mithin ſind ſie nicht ſchuldig, von der auf ſie kommenden Erbportion die Schulden des Vaters zu bezahlen (dafern ſie ſich nicht auch der väterlichen Verlaſſenſchaft angemaßt haben); noch werden ſie durch deſſen auf die großväterliche Erbſchaft beſchehene Renunciation, ob ſie ſchon auf die Erben erſtreckt worden, verbindlich [c]) (§. 836.); wohl aber repräſentiren ſie inſofern ihren Vater, daß ſie ein Mehreres nicht, als den Antheil, welchen dieſer aus der großväterlichen Erbſchaft erhalten haben würde, verlangen können; woraus ſich denn von ſelbſt ergiebt, daß ſie auch dasjenige, was derſelbe bei Lebzeiten vom Großvater erhalten, ſo weit er ſelbſt hierzu verbunden war, zu conferiren ſchuldig ſind [d]).

a) l. 3. Cod. Communia de succession. Berger Oec. L. II. Tit. IV. th. 37. n. 5. Koch §. 24. Glück §. 154. Ueber Modificationen dieſes Satzes durch unio prolium ſ. §. 831. not. a.

b) Carpzov P. III. c. 14. def. 6. Mencken syst. jur. civ. p. 583.

Schott inst. jur. Sax. p. 276. (ed. noviss.) So z. B. würden die von verſchiedenen Müttern gebornen Kinder ihren gemeinſchaftlichen Vater dennoch zu gleichen Theilen beerben, obſchon letzterer von der einen mehr, von der andern weniger oder gar nichts geerbt, oder ſonſt überkommen hätte. Anders verhielt ſichs nach röm. Recht, ſ. leg. 3. C. de secund. nupt.; vgl. Koch §. 24. Glück §. 154. S. 591. ff. und oben §. 839.

c) Berger a. a. O. not. 4. Kind Quaest. for. III. c. 6. II. 60. ed. 2. Erbg. §. 34., ſ. oben §. 840. not. 7. §. 926. 928. Was die Wirkung der von dem Vater bewirkten Renunciation anlangt, ſo enthält in Anſehung der Verzicht auf eine deferirte Erbſchaft das Erbg. §. 111. eine dem hier vorgetragenen Satz entgegengeſetzte Beſtimmung; vgl. §. 840. not. 7.

d) Ebendaſ. Hommel obs. 55. Erbg. §. 35.; vgl. §. 840. not. aa.

§. 844.

II. Unehelichen Kindern, und zwar 1) den spuriis ſteht in Abſicht auf die mütterliche Verlaſſenſchaft ein gleiches Erbrecht wie den ehelichen Kindern zu, ſie mögen mit dieſen zuſammentreffen oder nicht[a]); in Anſehung der väterlichen Verlaſſenſchaft hingegen ſind ihnen heut zu Tage, nachdem das römiſche Recht in dieſem Punkte völlig aufgehoben iſt, alle Erbanſprüche entzogen[b]).

a) l. pen. Cod. ad SCt. Orphit. Erbg. §. 17.; vgl. auch Biener in der angef. qu. 71.

b) Generale v. 12. Nov. 1804., die Succeſſion unehelicher Kinder in die väterliche Verlaſſenſchaft betr., C. A. C. III. 1. S. 213., welches nicht nur für die künftigen, ſondern auch für die bei Publication deſſelben ſchon anhängigen, aber noch nicht rechtskräftig entſchiedenen oder durch Vergleich beendigten Fälle zur Richtſchnur dienen ſoll. Erbg. §. 18.

§. 845.

2) Die mit einer Hure erzeugten Kinder (vulgo quaesiti) beerben ihre Mutter gleich den ehelichen Kindern[a]); auf den väterlichen Nachlaß aber ſteht ihnen, auch wenn der Vater mit Gewißheit ausgemittelt werden könnte, kein Erbrecht zu[b]). 3) Die aus Ehebruch erzeugten Kinder haben weder auf die väterliche, noch auf die mütterliche Verlaſſenſchaft ein Erbrecht[c]); doch können ſie die Alimente verlangen[d]); auch werden ſie auf den Fall, da eins ihrer Eltern nicht wußte, daß der andere Theil verehlicht war,

mithin in bona fide ſich befand, keineswegs von der ganzen Erbſchaft ausgeſchloſſen, ſondern inſoweit den spuriis gleich geachtet[e]). 4) Die aus Blutſchande erzeugten Kinder haben ebenfalls nur auf die Alimente[f]), außerdem aber weder auf die väterliche noch auf die mütterliche Erbſchaft ein Recht[g]); vorausgeſetzt nur, daß beide Eltern von ihrer zu nahen Verwandtſchaft Wiſſenſchaft hatten. War dieſes ihnen beiden, oder einem von ihnen unbekannt, ſo werden die Kinder in Rückſicht auf die Erbſchaft den Spuriis gleich geachtet[h]).

a) l. 2. et 8. D. unde cognati.

b) Berger Oec. II. IV. 37. 7. Struv. Exerc. 38. th. 23. Ludolf a. a. O. p. 163. Koch a. a. O. 34. Biener qu. 1.

c) Nov. 89. c. 15. Auth. Ex complexu, C. de incest. nupt. S. jedoch Ad. Dietr. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründl. Theorie vom heutigen Gebrauche des röm. Rechts §. 21.

d) c. 5. X. de eo, qui duxit in matrim. Berger a. a. O. not. 8.; vgl. dagegen Kaucher im Archiv für civil. Pr. III. 26.

e) Wernher P. VI. Obs. 313. Koch a. a. O. §. 35. ſ. §. 842. not. d.

f) d. cap. 5. X. de eo, qui duxit in matrim. Deciſ. 30. v. J. 1746.

g) d. Nov. 89. c. 15.

h) Berger a. a. O. th. 37. Pufendorf T. I. Obs. 164. Wenn die Eltern die Ehe wirklich vollziehen, mithin ein ſogenanntes matrimonium putativum ſchließen, ſo werden die Kinder, wie wir bereits oben §. 842. gedacht haben, den ehelichen gleich geachtet. — Alle die in dieſem §. vorgetragenen Bemerkungen über die verſchiedenen unehelichen Kinder und deren Erbrecht, die übrigens auch nach gem. Recht nicht völlig unbeſtritten ſind, vgl. Glück §. 132—138. haben durch das Erbgeſetz ihre Bedeutſamkeit verloren; denn nach §. 17. deſſelben gilt das §. 844. Geſagte von unehelichen Kindern jeder Art. Daß namentlich die von einer Ehefrau aus Ehebruch erzeugten Kinder mit dem betrogenen Ehemann zugleich ſuccediren, ſ. §. 98. des Erbgeſetzes.

B. Von der Erbfolge der Aſcendenten.

§. 846.

Sind keine Deſcendenten vorhanden, ſo gelangen die Aſcendenten mit Ausſchließung aller Seitenverwandten zur Erbfolge[a]), und zwar 1) wenn beide Eltern noch vorhanden ſind, ſo theilen ſie die Erbſchaft zu gleichen Theilen unter ſich[b]). Iſt hingegen 2) eines der Eltern oder ſind

beide noch vorher verſtorben, ſo ſchließt der nähere Adſcendent den entferntern aus [c]). Sind endlich 3) entferntere Adſcendenten in **gleichem Grade** vorhanden, und zwar α) nur von **einer** Linie, ſo ſuccediren dieſe in capita, dahingegen β) wenn ſowohl von der väterlichen als mütterlichen Linie Adſcendenten in gleichem Grade vorhanden ſind, die Erbſchaft in zwei gleiche Theile getheilt wird, deren einen die väterlichen, den andern die mütterlichen Adſcendenten erhalten [d]), ohne Unterſchied, es mag das Vermögen vom Vater oder von der Mutter des Erblaſſers herrühren [e]).

a) **Landr.** B. I. Art. 17. Erbg. §. 25. 36—38.; vgl. §. 840. not. i.

b) Nov. 118. c. 2. **Conſt.** 17. P. III.; doch ſteht dem Vater an der auf die Mutter kommenden Erbportion der Nießbrauch zu, ſ. oben §. 126.

c) d. Nov. l. c. Erbg. §. 36. 37. Daher die ſogenannte successio in lineas. Wenn alſo z. B. nur eine Mutter vorhanden, und der Vater ſchon vorher geſtorben, ſo erhält jene mit Ausſchließung der väterlichen Großeltern die ganze Erbſchaft. **Koch** §. 44. 45. **Glück** §. 164.

d) **Berger** Oec. II. IV. 38. Sind die entferntern Adſcendenten die Großeltern, ſo iſt der hier vorgetragene Satz ohne allen Zweifel richtig. Allein Zweifel entſteht für den wiewohl nur ſeltnen Fall, wenn Adſcendenten eines noch entferntern Grads von gleicher Nähe vorhanden ſind. Gewiß iſt es, daß hier der Nachlaß, wie in dem erſtern Fall, in zwei Linien getheilt wird. Iſt denn aber auch für jede dieſer Hauptlinien wiederum eine Unterabtheilung in Linien zu veranſtalten, oder ſuccediren in jeder Hauptlinie alle Erbberechtigte in capita? das iſt die Frage. Das Erſtere behauptet **Stryck** succ. ab int. II. 1. §. 20. und beſonders **Schrader** Abhandl. I. 5. §. 6. das Letztere **Sommer** rechtsw. Abhandl. Gießen 1818. n. 4. S. 200. **Glück** §. 171. und dieſer Anſicht ſcheinen auch **Koch** §. 45. n. 1. **Schweppe** §. 830. b. beizupflichten. Nimmt man an, daß die succ. in lineas die Baſis der ganzen Erbfolge der Adſcendenten bilde, und nur zufällig bei dem Daſeyn der Adſcendenten des erſtern Grads mit der succ. in capita zuſammenfalle, da hier immer nur zwei Perſonen concurriren können, ſo ſcheint die erſtere Meinung allerdings die richtigere. In der That ſcheint ſie auch die in dem ſächſ. Erbg. angenommene. Denn nachdem daſ. §. 39. der Fall, wenn Großeltern als Erbfolgeberechtigte auftreten, auf die oben erwähnte Weiſe entſchieden worden iſt, heißt es §. 38., daß, wenn in Ermangelung der Großeltern entferntere Adſcendenten zur Succeſſion gelangen, in Anſehung der Vertheilung der Verlaſſenſchaft die §. 37. enthaltenen Vorſchriften **ana**-

logiſch anzuwenden ſeyen. Dies kann aber ſchwerlich dahin gedeutet werden, daß nun in jeder Hauptlinie ohne Weiteres in capita ſuccedirt werden ſolle, weil alsdann wenigſtens keine durchgreifende Analogie Statt finden würde. Ueber Eintreten der entferntern Adſcendenten an die Stelle der weggefallenen Näheres Büchel a. a. D. S. 162. 171.

e) Berger a. a. D. not. 2.; vgl. §. 839. not. c. Koch §. 46. Glück §. 172. — Ueber die nach gem. Recht ſtreitige successio graduum in dieſer Claſſe vgl. Koch bonor. possessio §. 27. succ. ab intest. §. 102. Glück §. 151. S. 575. §. 152. S. 578.

§. 847.

Nach gleichen Grundſätzen ſuccediren auch die Adſcendenten 1) den legitimirten[a]), 2) den aus einem matrimonio putativo, und 3) den nach einem öffentlichen Ehegelöbniß ohne Vollziehung der Ehe erzeugten Kindern[b]).

a) Dafern nur bei der Legitimation durch landesherrliches Reſcript dasjenige beobachtet worden, was wir oben §. 177. erinnert haben.

b) Arg. Deciſ. 49. v. J. 1661. Koch §. 51. sqq. Glück §. 165. Nach älterm Recht war dies nicht außer Streit; vgl. Haubold S. P. R. §. 308. not. b. Das Erbgeſetz erkennt aber §. 17. Reciprocität des Erbrechts der natürlichen Verwandten als Regel an; vgl. §. 840. not. e. Biener. qu. 77. L. 1821. in opusc. II. Eine Ausnahme gilt nach §. 39. nur in dem Fall, wenn die Rede iſt von Beerbung der Brautkinder durch den Vater. Dieſer erbt nämlich dann nicht, wenn er mit einer Perſon ein Ehegelöbniß einging, welches nach §. 14. keine, nicht einmal eine geduldete Ehe zur Folge haben konnte, und er das entgegenſtehende Hinderniß, bei Eingehung der Verbindung, gekannt hatte. Wer kommt nun aber bei dem Daſeyn eines ſolchen zur Erbfolge nicht fähigen Adſcendenten zur Succeſſion? Um dieſe Frage genügend zu beantworten, iſt vor allen Dingen zu bemerken, daß nach dem Erbgeſ. §. 40. die Sache ſo angeſehen wird, als wenn der Unfähige vor dem Erblaſſer verſtorben wäre. Es ſuccedirt alſo der nächſte fähige Adſcendent in der Claſſe, oder die folgende Ordnung tritt ein. Uebrigens kann auch die Frage aufgeworfen werden, ob der Vater, der die Vollziehung der Sponſalien durch Ehe verweigert, oder gar das Daſeyn von gültigen Sponſalien geleugnet hat, ſuccedire? Das Erſte wird man freilich nach §. 14. nicht umhin können, zu bejahen. Das Letztere kommt auf die Frage zurück, ob und inwieweit es erlaubt ſey, eine bewirkte Erklärung zurückzunehmen.

§. 848.

Den unehelichen Kindern ſuccediren ihre Eltern auf eben die Weiſe, wie dieſe von jenen beerbt werden[a]); folg=

lich hat 1) auf die Verlaſſenſchaft eines Spurii, vulgo quaesiti oder naturalis, zwar die Mutter, keineswegs aber der Vater, ein Erbrecht [b]), und 2) in Anſehung der aus Ehebruch oder Blutſchande erzeugten Kinder findet nur inſoweit ein Succeſſionsrecht Statt, als den Kindern daſſelbe zuſteht [c]). §. 845.

a) Erbg. §. 24.

b) §. 7. I. de Scto. Tertull. Nov. 89. c. 13. Koch §. 58. Generale v. 12. Nov. 1804., die Succeſſion unehelicher Kinder in die väterliche Verlaſſenſchaft betreffend.

c) Nov. 74. c. 6.; vgl. Erbg. §. 17. und die Bemerkung zu §. 845. not. h.

§. 849.

Während nach älterm ſächſ. Recht nach Wegfall der Deſcendenten und Aſcendenten des Erblaſſers die Seitenverwandten des Letztern nach der Regel: proximior excludit remotiorem [a]), die nur bei der Concurrenz vollbürtiger und halbbürtiger Seitenverwandten, ingleichen wenn Geſchwiſter des Verſtorbenen mit Geſchwiſtern der Eltern des Erblaſſers [b]) concurrirten, eine Modification erlitt [c]), ſuccedirten und, ſo die dritte und letzte Claſſe der Verwandten bildeten, hat das neuere Recht die Seitenverwandten in zwei verſchiedenen Claſſen zur Erbfolge berufen [d]). Dieſe beiden Claſſen haben mit einander gemein, daß in denſelben vor allen die Nähe der Linien [e]) zu berückſichtigen iſt, welche, wenn von Erbfolge der Seitenverwandten die Rede iſt, nach der Nähe des Grades, in welchem der gemeinſchaftliche Stammvater mehrerer Linien zu dem Erblaſſer ſteht, gleich oder verſchieden ſeyn kann [f]). Iſt nun bei dem Daſeyn mehrerer Linien der gemeinſchaftliche Stammvater derſelben, in Beziehung auf den Erblaſſer, ein Aſcendent des erſtern Grads; ſo tritt die dritte Claſſe der Geſchwiſter des Erblaſſers und deren Abkömmlinge, in allen übrigen Fällen die vierte Claſſe der übrigen Seitenverwandten ein [g]).

a) Landrecht I. Art. 3. c. 18. p. III. und dazu Carpzov, Berger II. 4. 39. 6. H. F. Schott. de vera caussa, cur hodie jus repraesentationis in linea collateralium cesset. L. 1768. — Ueber successio graduum in der gemeinrechtlichen Klaſſe der Geſchwiſter Büchel a. a. O. S. 171.

b) Die halbe Geburt tritt einen Grad weiter, c. 18. p. III. Berger l. l. n. 5. Hommel obs. 27. Bauer resp. 92. L. 1798. Kind IV. 61.

c) Die vollbürtigen Geſchwiſter der Eltern wurden von Kindern vollbürtiger Geſchwiſter des Erblaſſers und von halbbürtigen Geſchwiſtern deſſelben, ob ſie gleich mit dieſen in einem Grad der Verwandtſchaft ſtanden, ausgeſchloſſen, d. c. 18. p. III. und dazu Carpzov def. 4. 7. 14. 16—19. I. G. Krause de fratre unilaterali defuncti materteram in terris jus comm. Sax. a success. excludente. Viteb. 1735. G. C. G. Walch. de success. collat. tertii gradus ex jure comm. et sax. Jen. 1783.

d) Erbg. §. 25.

e) Ueber die Linealerbfolge und deren verſchiedene Arten, reine und gemiſchte Linealerbfolge, vgl. Grieſinger in Fortſ. zu Danz Comm. IX. S. 344. Eichhorn D. P. R. §. 355. Mittermaier §. 386. Maurenbrecher §. 542. und die daſ. angeführten. Das Erbgeſetz hat die gemiſchte Linealerbfolge und auch dieſe nur modificirt anerkannt. Die Parömie des deutſchen Rechts: je näher dem Sipp, je näher dem Erbe; über welche zu vergleichen Eiſenharts Grundſ. des D. Rechts in Sprichwörtern III. n. 5. ſcheint ganz beſonders auf Linealſucceſſion ſich zu beziehen.

f) Die Linie, welche den Vater des Erblaſſers zum gemeinſchaftlichen Stammvater hat, bildet alſo eine Linie des erſten Grades, welche in Beziehung auf den Erblaſſer näher iſt, als die, welche mit dem Erblaſſer erſt den Großvater, Urgroßvater ꝛc. als gemeinſchaftlichen Stammvater anerkennt. Gleich nahe ſind alle Linien irgend eines Grades, welche einen gemeinſchaftlichen Stammvater haben.

g) Erbg. §. 25.

C. Von Erbfolge der Geſchwiſter und ihrer Abkömmlinge.

§. 850.

Die Geſchwiſter des Verſtorbenen ſuccediren, wenn deren mehrere ſind, in capita[a]); mit ihnen haben aber auch die Abkömmlinge verſtorbener Geſchwiſter einen gleichen Anſpruch auf die Erbfolge, gleichviel, ob ſie allein oder zugleich mit eigentlichen Geſchwiſtern als Erben vorhanden ſind, jedoch nur ſo, daß ſie den Erbtheil erhalten, den der Bruder oder die Schweſter, von welchem ſie abſtammen, erlangt haben würde, wenn dieſen die Erbſchaft be-

ferirt worden wäre [b]). In gleicher Maaße, mithin in stirpes, nehmen an der Succeſſion auch entferntere Abkömmlinge von Seitenverwandten Theil, ſobald keine Perſon vorhanden iſt, welche zwiſchen ihnen und dem Erblaſſer in der Mitte ſtand [c]), obgleich es keineswegẽs erforderlich iſt, daß ſie Erben ſolcher Perſonen geworden ſeyen [d]).

a) Erbg. §. 41.

b) Erbg. §. 42. 43.

c) Erbg. §. 42. 43. Es gilt demnach auch in dieſer Claſſe jus repraesentat. in infinitum, mit gänzlicher Ausſchließung des Satzes: proximior excludit remotiorem.

d) Erbg. §. 44. Alſo auch hier successio jure proprio.

§. 851.

In dieſer Claſſe wird auch nach neuerm ſächſ. Recht zwiſchen vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandten [a]) unterſchieden; wiewohl nicht in der Maaße, wie nach älterm ſächſ. Recht, ſo daß jene als einen Grad näher denn dieſe geachtet würden [b]), ſondern in Anſehung der Erbportion, welche dieſelben zu empfangen haben. Die halbbürtigen Seitenverwandten erhalten nämlich, wenn ſie mit vollbürtigen concurriren, immer die Hälfte der Erbportion, welche den Vollbürtigen zukommt [c]). Und dieß nicht bloß, wenn Geſchwiſter mit Geſchwiſtern zuſammentreffen, ſondern auch bei der Concurrenz der Abkömmlinge von Geſchwiſtern, mit Geſchwiſtern oder deren Abkömmlingen [d]).

a) Vgl. Handb. I. §. 70. Glück §. 18. 22. Den halbbürtigen Geſchwiſtern ſind übrigens uneheliche Geſchwiſter auch dann gleichgeſtellt, wenn ſie denſelben Vater und dieſelbe Mutter haben ſollten, wie dies bei der Succeſſion in das Vermögen der Mutter der Fall ſeyn kann; §. 19. des Erbg. Dieſe Beſtimmung iſt nur dann von praktiſchem Nutzen, wenn die unehelichen mit ehelichen Geſchwiſtern bei der Erbfolge concurriren. Daß gerade von der Succeſſion in den Nachlaß eines Bruders oder einer Schweſter die Rede ſey, iſt wenigſtens nach den Worten des Geſetzes nicht erforderlich. Dagegen kann die angeführte Beſtimmung nicht anwendbar ſeyn auf den Fall, wenn die unehelichen Kinder vor der Verehelichung ihrer Eltern erzeugt worden ſind, wenn man nicht die Dispoſition des §. 15. auf eine mit der allgemeinen Faſſung des Geſetzes kaum vereinbare Weiſe beſchränken will. Demnach würde §. 19. bloß für den ſingulären Fall berechnet ſeyn, daß zwei Perſonen, welche bisher in geſetz-

licher Ehe gelebt haben, nach Trennung dieſer Ehe Kinder mit einander erzeugen.

b) Vgl. §. 849. not. b.

c) Erbg. §. 41. Nach dieſer Stelle ſind die Vollbürtigen für zwei Perſonen zu rechnen. Wäre demnach die Zahl der Vollbürtigen capita oder Stämme (§. 850.) = m; die der Halbbürtigen = n, ſo müßten 2 m + n Theile der Erbſchaft gemacht werden, von denen jeder Halbbürtige einen Theil, jeder Vollbürtige aber das Doppelte dieſes Theils empfinge.

d) Erbg. §. 43.

D. Von der Erbfolge der übrigen Seitenverwandten.

§. 852.

Die Succeſſion der übrigen in dieſer Claſſe berufenen Seitenverwandten erfolgt in der Ordnung, daß 1) vor allen Dingen die Nähe der Linie, hiernächſt 2) in dieſer die Nähe des Grads mit dem Erblaſſer berückſichtigt wird [a]). Mehrere gleich Nahe ſuccediren zu gleichen Theilen [b]), wobei es übrigens keinen Unterſchied macht, ob die mehrern Erbberechtigten mehrfach oder einfach, vollbürtig oder halbbürtig verwandt ſind [c]).

a) Erbg. §. 45. Jus repraesentationis fällt demnach in dieſer Claſſe ganz weg.

b) Erbg. §. 45.

c) Erbg. §. 46.; vgl. 840. not. f. §. 851.

E. Von der auf Adoption beruhenden Erbfolge [a]).

§. 853.

Die Erbfolge, welche auf der Adoption im weitern Sinne, die Arrogation und ſogenannte adoptio minus plena mit einbegriffen [b]), beruht, kann durch den der Adoption vorhergehenden Vertrag regulirt werden [c]). Iſt nichts beſtimmt, ſo ſuccediren 1) die Adoptirten [d]) dem, von welchem ſie adoptirt worden ſind, wie eheliche [e]), und zwar ſo, daß, wenn ſie vor dem Adoptirenden verſtorben ſind, deren Erbportion ihren ehelichen, bei adoptirten Töchtern auch deren unehelichen Kindern zufällt [f]), ohne daß ſie übrigens der Succeſſion in die Verlaſſenſchaft ihrer leiblichen Bluts-

verwandten verluſtig werden [g]), und ohne daß dies Succeſſionsrecht ihnen wider ihren Willen durch Emancipation entzogen werden kann [h]). Was 2) die Adoptirenden anlangt, ſo giebt es hier kein wechſelſeitiges Erbrecht [i]), daher dem Adoptirten weder der Adoptirende noch deſſen Verwandte ſuccediren [k]).

a) Vgl. Handb. I. §. 182. Büchel a. a. O. n. 2. S. 18. Ueber einen vor Publication des Erbgeſ. zur Sprache gekommenen Fall, J. W. I. 71. n. 2. j. n. 79.

b) Erbg. §. 47. Eben ſo gehört hierher die von einer Frauensperſon bewirkte Adoption. Erbg. §. 48.

c) Erbg. §. 48.

d) Ueber das gem. Recht vgl. Glück §. 156. 157.

e) Ueber die Einſchränkung in Anſehung des Pflichttheils, von welcher das Erbg. §. 49. 58. ſpricht, vgl. oben §. 697. n. 4. Dem Ehegatten, wenn er nicht zugleich Mitadoptant iſt, ſo wie den Kindern und andern Verwandten, ſuccediren die Adoptirten jure adoptionis nicht; Erbg. §. 50.

f) Erbg. §. 51.

g) Erbg. §. 52.

h) Erbg. §. 54. Doch kann gefragt werden, ob nicht die Einwilligung des Adoptirten in die Emancipation als Verzicht auf die Succeſſion gedeutet werden könne. Die von dem Adoptirten verſchuldete Emancipation allein möchte das Succeſſionsrecht deſſelben ſchwerlich aufheben, wenn nicht das Verſchulden eine caussa exheredationis oder Unwürdigkeit begründet und die Enterbung ſelbſt förmlich ausgeſprochen worden iſt.

i) Vgl. §. 840. 2.

k) Erbg. §. 53.

F. Von dem Erbrecht gewiſſer Anſtalten.

§. 853 b.

Das geſetzliche Erbrecht, welches, außer den Verwandten, den Ehegatten und gewiſſen, unter Autorität des Staats beſtehenden, Anſtalten, in welche der Erblaſſer aufgenommen worden iſt, zuſteht [a]), hat das Eigenthümliche, daß es zugleich eine Art Notherbenrecht iſt, welches den Anſpruch auf einen Pflichttheil gewährt, der neben dem Anſpruch andrer teſtamentariſcher und geſetzlicher Erben beſteht [b]), von dem Pflichttheil der Verwandten aber vor-

nehmlich dadurch ſich unterſcheidet, daß die durch einen letzten Willen erklärte Entziehung oder Verletzung jenes Pflichttheils zwar beſeitigt wird, dies jedoch keinen Einfluß auf die ſonſtige Gültigkeit des letzten Willens hat [c]). Von dem Erbrecht der Ehegatten wird in dem folgenden Capitel die Rede ſeyn. Was dagegen das Erbrecht der erwähnten Anſtalten anlangt [d]), ſo iſt zu bemerken: 1) zur Begründung deſſelben iſt erforderlich, daß der Erblaſſer in der Anſtalt verſtorben ſey [e]); 2) die Anſtalt erbt nie mehr als den ihr beſchiedenen Pflichttheil [f]), nämlich eine Quote des Nachlaſſes, die bald die Hälfte, bald ein Drittheil des Nachlaſſes iſt, je nachdem der Verſtorbene über 4 Jahr in der Anſtalt ſich befunden hat oder nicht [ff]), jedoch 3) auch dieſe nur, wenn keine der geſetzlichen Erbfolge fähigen Verwandten der 1. 2. 3. Claſſe vorhanden ſind [g]). 4) Im Allgemeinen kommt nichts darauf an, wie viel der Erblaſſer für ſeinen Unterhalt der Anſtalt zu zahlen gehabt hat [h]). Iſt indeß von demſelben nicht einmal der beſtimmte mindeſte Anſatz für Unterhalt entrichtet worden, ſo iſt das Fehlende, ſo wie die etwaigen Rückſtände, als Erbſchaftsſchuld von dem Nachlaß im Voraus abzuziehen [i]). — Verſchieden von dieſem Erbrecht der Heil- und Verſorgungsanſtalten iſt der Anſpruch, welchen Hoſpitäler, Armen-, Waiſen-, Zucht- und Arbeitshäuſer auf die Sachen haben, welche die in dergleichen Anſtalten aufgenommenen Perſonen dahin mitgebracht haben; denn es wird hiermit in keinem Fall Univerſalſucceſſion begründet [k]).

a) Erbg. §. 11. Dergleichen Anſtalten beſtehen jetzt zu Sonnenſtein, Colditz u. Hubertusburg; vgl. Bekanntmachung v. 6. Novbr. 1840. Geſ. n. 106.

b) Erbg. §. 127.

c) Erbg. a. a. O.; vgl. mit §. 70. 71. 73. Auch dieſen Pflichttheil erhält aber die Anſtalt als Erbtheil; vgl. §. 78. S. auch oben §. 692. not. b.

d) Erbgeſ. §. 125—129. Was Heil- und Verſorgungsanſtalten, die nicht unter Autorität des Staats beſtehen, alſo keine Landesanſtalten ſind, anlangt, ſo ſteht dieſen ein Erbrecht nur auf den Grund eines beſondern Erwerbstitels zu. Allein auch ein ſolches

aus einem beſondern Erwerbstitel erlangtes Recht iſt nur inſofern wirkſam, als der Aufzunehmende, oder der, welcher denſelben vertritt, von dem Daſeyn eines ſolchen Erbrechts unterrichtet und darüber ein gerichtliches Protocoll aufgenommen worden iſt; Erbg. §. 129. Offenbar iſt hier nicht von einem durch Vertrag mit einem Einzelnen aufzunehmenden Individuum erworbenen Erbrecht die Rede. Ob aber ein allgemeines Erbrecht ſolcher Anſtalten auch für die Zukunft noch erworben werden könne? das kann nach der Faſſung des Erbgeſetzes allerdings bezweifelt werden; inſofern der Erwerb nicht etwa aus den Statuten der Anſtalt herzuleiten ſteht. Ohnedies erſcheint jede Verhandlung mit einem einzelnen Individuum als ein Act, der nur die Verhältniſſe zu dem beſtimmten Individuum regulirt.

e) Erbg. §. 125. Die Worte: darin mit Tode abgeht; ſind indeß nicht zu preſſen. Es ſchadet daher nicht, daß ein der Anſtalt wirklich noch angehöriges Mitglied nach einer zufälligen Entfernung außerhalb der Anſtalt verſtirbt.

f) Erbg. §. 125. Daher eine weſentliche Verſchiedenheit von der successio fisci in bona vacantia.

ff) Erbg. a. a. O.

g) Erbg. a. a. O. Aehnliche Beſtimmungen finden ſich in dem Reſcript v. 2. Juni 1792. C. A. C. II. 1. S. 755. Haubold zu Schott inst. jur. Sax. p. 317. Von Ehegatten iſt nicht die Rede. Hinterläßt der in eine Verſorgungsanſtalt Aufgenommene einen Ehegatten, ſo entſteht hiermit eine Concurrenz mehrerer Pflichttheilsberechtigten, wobei freilich das Erbrecht der in cl. IV. ſuccedirenden Verwandten des Erblaſſers gar ſehr beſchränkt, wohl auch auf Nichts reducirt werden kann; vgl. §. 69. des Erbg. Was Verwandte der vorhergehenden Claſſen anlangt, ſo ſpricht das Geſetz von der geſetzlichen Erbfolge fähigen Verwandten. Da h. z. T. die Erbfähigkeit, namentlich der Verwandten, in der That ohne Einſchränkung gilt, ſo fragt ſich, ob auf die angegebenen Worte Gewicht zu legen, und was damit eigentlich geſagt ſey? Iſt vielleicht der Sinn, daß dergleichen Verwandte, wenn ſie das Erbrecht der Anſtalt ausſchließen ſollen, activ als geſetzliche Erben eintreten müſſen, ſo daß, wenn dieſelben durch Teſtament ausgeſchloſſen, oder inſofern ſie Notherbenrechte hatten, wohl gar enterbt worden ſind, oder wenn ſie des ihnen zuſtändigen Erbrechts ſich begeben haben, das Erbrecht der Anſtalt eintritt? Dies ſcheint in der That nicht unwahrſcheinlich, da in einem ſolchen Fall weder der teſtamentariſche Erbe, noch der Inteſtaterbe einen Grund hat, dem Erbrecht der Anſtalt zu widerſprechen. Doch bleiben auch unter dieſer Vorausſetzung noch manche Zweifel, namentlich in dem Fall, wenn Inteſtaterben der drei erſten Claſſen in dem Teſtament, aber

nicht in die volle Erbportion, namentlich nur in den Pflichttheil, eingeſetzt worden ſind; vornehmlich wegen §. 7. des Erbg.

h) Erbg. §. 126.

i) Erbg. §. 128.

k) Erbg. §. 130.; vgl. Mand. wegen Verſorgung der Armen und Abſtellung des Bettelweſens v. 11. April 1772. cap. I. §. 11. cap. III. §. 7. C. A. C. II. 1. S. 645. 655. Reſcr. v. 2. Jan. 1779. Dieſe Succeſſion wird freilich in den wenigſten Fällen ſehr ergiebig ſeyn, beſonders wenn man, wie man muß, unter mitgebrachten Sachen die actu inferirten res mobiles verſteht, und nicht etwa den Grundſatz: mobilia ossibus inhaerent, anzuwenden ſich geneigt fühlt. Die neueſten Beſtimmungen hierüber enthält die Armenordn. v. 6. Novbr. 1840. (GS. n. 106.) Nach §. 68. dieſes Geſ. iſt §. 125. des Erbgeſ. auf Orts-, Armen-, Kranken- und Waiſenhäuſer in Anſehung derjenigen Individuen anzuwenden, welche in eine ſolche Anſtalt aufgenommen werden mußten. Auch behalten in dieſer Beziehung Ortsſtatuten Gültigkeit.

G. Von der ſubſidiariſchen Erbfolge.

§. 854.

Wenn weder Verwandte noch ein Ehegatte des Verſtorbenen vorhanden ſind, ſo fällt die Erbſchaft der Obrigkeit des Verſtorbenen zu, welche die Obergerichte hat [a]); doch darf ſie ſich derſelben eher nicht anmaßen, als bis zuförderſt Edictalien erlaſſen worden, und binnen der beſtimmten Friſt ſich Niemand meldet und ſein Erbrecht beibringt [b]).

a) l. 1. 4. 5. C. de bon. vac. Conſt. 38. p. III. Kind Qu. f. T. I. c. 111. (IV. 33. ed. 2.). Koch succ. ab int. §. 117—121. Glück §. 206—210. ff. J. L. Majer von der Succ. des Fiscus. Ulm 1786. Blume Abhandlung im rheiniſchen Muſ. IV. S. 212. Schmidt de jure fisci in bona vac. ex jure Rom. Jen. 1837. v. Schröder über bona vacant. in Linde Zeitſchr. X. 3. Erbg. §. 132. 133. Dieſe Beſtimmung gilt von Patrimonialgerichten. Außerdem hat auch der Staatsfiscus ein Recht auf erbloſe Verlaſſenſchaften. Erbg. §. 131. Uebrigens gilt, was den Immobiliarnachlaß anlangt, die Beſtimmung, daß derſelbe vorzugsweiſe dem judex rei sitae gebührt, wenn dieſer die Obergerichte hat. Erbg. §. 133. Es kann alſo ſchon nach dieſer Beſtimmung der Fall eintreten, daß mehrere fisci hinſichtlich des Erwerbs der bona vacantia concurriren. Ueber die Concurrenz der fisci verſchiedener Staaten vgl. Glück §. 208.

b) Mandat, die Edictalcitation in Civilſachen außerhalb des concursus cred. betr. v. 13. Nov. 1779. Doch können diejenigen Perſonen, welche ſich in dem anberaumten Termine nicht gemeldet haben,

auf den Fall, da ſie wichtige Entſchuldigungsgründe ihres Außenbleibens anzuführen vermögen, oder Perſonen ſind, welchen die Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zuſteht, noch binnen Jahresfriſt, welche von der Zeit an, da das Urthel publicirt worden iſt, ſich melden, nach deren Ablauf ſie aber ohne Unterſchied präcludirt werden. Angez. Mand. Hingegen werden die Gläubiger des Verſtorbenen, wenn ſie ſich gleich im Termine nicht gemeldet haben, hierdurch ihres Rechts nicht verluſtig. Kind Quaest. for. T. I. cap. 50. (I. 66. ed. 2.) Glück §. 207.; vgl. Erbg. §. 134.

§. 855.

Doch bemerke man: 1) wenn ein Geiſtlicher verſtirbt, und weder Verwandte noch ein Eheweib hinter ſich läßt, ſo fallen zwar deſſen unbewegliche Güter der Obrigkeit des Orts, wo ſie gelegen, die beweglichen aber dem Conſiſtorio anheim [a]). 2) Wenn Unterofficiers oder gemeine Soldaten mit Tode abgehen, welche weder nahe Anverwandte, noch Eheweiber haben, ſo fällt deren Erbſchaft den Compagnieinhabern anheim [b]). 3) Der Fiscus, welcher einen erbloſen Nachlaß erwirbt, tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines geſetzlichen Erben [c]), und mehrere Behörden, denen ein ſolcher Nachlaß anheim fällt, haften den Gläubigern pro rata des erworbenen Betrags [d]). Doch bleibt den hypothekariſchen Gläubigern unbenommen, ihre Anſprüche gegen den Fiscus geltend zu machen, dem das verpfändete Grundſtück zugefallen iſt [e]). 4) Der Anſpruch des Fiscus verjährt innerhalb 4 Jahren [f]).

a) Carpzov Jurisprud. consistor. L. III. Tit. 1. def. 9.

b) Dec. Ordre v. 16. Nov. 1728. in Hoffmanns Cod. leg. militar. Sax. p. 844. — Ob den Bemerkungen sub 1. et 2., die in dem Erbgeſetz keine Beſtätigung finden, noch h. z. T. Gültigkeit zuzugeſtehen ſey, iſt zweifelhaft; dies im Allgemeinen ſchon darum, weil das Erbg. sec. pr. j. §. 137. als lex nova et correctoria erſcheint; vgl. Haubold S. P. R. §. 358. not. a.; was die Bemerkung sub 1. betrifft, weil nach der Verordn. v. 10. April 1835. G.S. n. 42. die Conſiſtorien als beſondere geiſtliche Behörden zu beſtehen aufgehört haben. Da übrigens nach dem Geſetz sub C. v. 28. Januar 1835., über privilegirte Gerichtsſtände (GS. n. 19.) §. 11. 1., Geiſtliche für ihre Perſon unter den Königl. Aemtern ſtehen, ſo fallen deren bona vacantia jetzt ohne Zweifel dem Staatsfiscus anheim. Endlich würden nach einem,

bei Haubold a. a. O. not. c. angef., Reſcr. vom 20. Febr. 1810. die erbloſen Verlaſſenſchaften der Militairperſonen an die Generalkriegscaſſe fallen. Die Kriegsverwaltungskammer u. mit ihr die Generalkriegskaſſe haben jedoch aufgehört; vgl. V. v. 7. Novbr. 1831. GS. n. 70. §. 4. D.; daher auch hier der Staatsfiscus eintreten wird.

c) Glück §. 209. Erbg. §. 135. Ob der Fiscus deshalb die Erbſchaftsklage anſtellen könne? iſt, wenigſtens nach ſächſ. Recht, zweifelhaft, weil nach dem Erbg. §. 11. j. §. 131. Inteſtaterben von dem im Mangel ſolcher eintretenden Fiscus unterſchieden werden. Das Recht, einzelne zu dem Nachlaß gehörige Gegenſtände zu vindiciren, ſteht aber dem Fiscus gewiß zu. Zu den Verpflichtungen des Fiscus gehört ohne Zweifel nicht bloß die Verpflichtung, die Schulden des Erblaſſers zu bezahlen, ſondern auch die Verpflichtung, die gültig hinterlaſſenen Legate zu berichtigen. Stryck succ. ab int. I. 1. §. 48. Zepernick. diss. de viribus testam. destituti. Hal. 1773. §. 41. Glück §. 209. S. 273.; ingleichen die Verpflichtung den sub F. erwähnten Anſtalten den ihnen zukommenden Pflichttheil zu gewähren, da inſofern der Nachlaß nicht erblos iſt. Ueber die Frage, ob der Fiscus die bona vacantia als Erbe erwerbe, vgl. Majer II. 17. Glück §. 206. Elvers prakt. Arb. Roſtock 1836. n. 2. Nach der angez. Stelle des Erbg. ſcheint in Sachſen die Frage verneint werden zu müſſen. Dieſe Anſicht vertheidigen auch nach gem. Recht Schweppe §. 981. Elvers a. a. O. B. Schröter a. a. O. S. 96. ff. Ueber die praktiſchen Folgen, welche entſtehen, je nachdem man den Fiscus als Erben annimmt oder nicht, vgl. Elvers a. a. O. §. 2. S. 42.

d) Erbgeſ. §. 136. Von einem Anſpruch des hierbei betheiligten Fiscus auch verhältnißmäßiger Uebertragung an den andern Fiscus iſt nicht die Rede.

e) Erbgeſ. a. a. O.

f) Vgl. l. 1. §. 2. D. de J. F. l. 1. C. de quadr. praescr. Glück §. 210. Unterholzner Verjährung II. §. 301. S. 425. Das Erbgeſetz ſagt hierüber nichts. Die Wirkung dieſer Verjährung iſt unſtreitig die der praescr. exstinctiva; nämlich eine Exception gegen den Fiscus, durch welche der Beſitzer von Erbſchaftsgegenſtänden ſich ſchützt. Da die Friſt erſt von dem Augenblick zu laufen anfängt, mit welchem gewiß iſt, daß der Nachlaß erblos geworden iſt, und dies nach §. 854. not. b. erſt nach erlaſſenen Edictalien und ertheilter Präcluſion Statt finden kann, ſo wird kaum ein Fall ſich denken laſſen, in welchem eine erfolgreiche praescriptio quadriennii angenommen werden könnte.

§. 856.

Uebrigens iſt in Abſicht auf die Inteſtaterbfolge noch überhaupt zu gedenken: 1) Wenn die Güter des Verſtor-

benen an mehrern Orten befindlich ſind, an welchen dies=falls verſchiedene von einander abweichende Geſetze und Statuten gelten, ſo wird die Erbfolge in die beweglichen Güter des Verſtorbenen, ſie mögen befindlich ſeyn, wo ſie wollen, nach den Geſetzen ſeines Wohnorts (wenn er auch an einem andern Orte verſtorben ſeyn ſollte), in die unbeweglichen hingegen nach den Geſetzen des Orts, wo ſie liegen, beurtheilt [a]). 2) Wenn in einem Orte beſondere von den Landesgeſetzen abweichende Statuten oder Gewohnheiten in Anſehung der Erbfolge eingeführt ſind, ſo haben letztere bloß für die der Stadtobrigkeit unterworfenen Perſonen verbindliche Kraft; da hingegen Geiſtliche, ſchriftſäſſige und andere der Stadtgerichtsbarkeit nicht unterworfene Perſonen, ſoviel die beweglichen Güter betrifft, an dergleichen Stadtgeſetze in der Regel, und dafern nicht wiederum durch beſondere Verträge oder Gewohnheiten ein anderes eingeführt iſt [b]), nicht gebunden ſind [c]), mithin auch die Vortheile derſelben nicht genießen können [d]).

a) Deciſ. 54. v. J. 1661. Carpzov P. III. c. 12. d. 12. 13. 14. Berger Oec. II. IV. 46. 6. Stryck de succ. ab int. diss. 1. c. 4. §. 2. Mencken syst. jur. civ. L. 38. T. I. §. 38. 39. p. 594. Riccius Entwurf vom Stadtgeſ. S. 550. Hommel Obs. 154. u. 409. n. 4. Glück §. 47. Schweppe §. 20. a. et b. §. 780. Tittmann de comp. legum externar. et domest. Hal. 1822. §. 53. Mühlenbruch doctr. pand. §. 623., ſ. oben §. 44. 49. d. e. u. §. 850. not. a.; vgl. auch das Erbg. §. 133.

b) Hommel Obs. 154.

c) Wohl aber in Anſehung unbeweglicher Güter, da die Erbfolge in denſelben jedesmal nach den Geſetzen des Orts, wo ſie liegen, zu beurtheilen iſt.

d) Berger Oec. L. I. T. I. th. 28. n. 3. b. Leyſer Sp. 421. m. 7. Hommel Obs. 154. In wie weit ſolches aber dennoch einzuſchränken ſey, zeigt A. F. S. Green Pr. de successione in bona mobilia Schriftsassii vel alius exemti secundum statuta domicilii, in quo jura civitatis adquisivit. Lips. 1795. — Alle dieſe obſtehend unter 2. erwähnten Beſtimmungen, über welche nach gem. Recht noch zu vergleichen Glück Inteſt.=Erbf. §. 47. haben durch das Erbg. §. 141. und die §. 837. not. a. angef. Gouvernements=Verordnung ihre Bedeutung verloren.

Zweites Capitel.

Von der Erbfolge der Ehegatten.

§. 857.

Die Erbfolge der Ehegatten, welche eine nach den Geſetzen gültige Ehe vorausſetzt[a]), die bis zu dem Tode des Erblaſſers fortgedauert hat, iſt[b]) nach gemeinem Recht eine doppelte: 1) eine gemeine, auf das prätoriſche Edict unde vir et uxor gegründete, vermöge deren der Ehegatte des Verſtorbenen, in Ermangelung anderer Verwandten deſſelben den ganzen Nachlaß empfing[c]); 2) eine beſondere, zu Gunſten der armen Witwe durch Juſtinian eingeführte[d]). Die Letztere iſt in Sachſen nie anerkannt worden[e]), wohl aber die erſtere[f]).

a) Ob die Wirkungen einer ſogenannten putativen Ehe ſo weit ſich erſtrecken, daß ſie wenigſtens dem ſchuldloſen Theil ein jus succedendi gewähren, iſt zweifelhaft. Die meiſten Rechtslehrer, welche über das matrimon. putativum geſchrieben haben, erwähnen unter den Wirkungen der putativen Ehe das jus succedendi nicht, ſie ſtellen vielmehr die Regel auf, daß alle die ex jure singulari den Ehegatten zukommenden Befugniſſe den durch eine putative Ehe Verbundenen nicht zuſtehen; vgl. Excurſe I. S. 257. ff. Unter dieſe Rubrik ſcheint aber doch auch das Recht der Erbfolge zu gehören. Die entgegengeſetzte Meinung in Beziehung auf die successio ex edicto unde vir et uxor habe ich bloß bei Hert. diss. de matr. putat. §. 37. (in opusc. I. 1. n. 7.) gefunden, der aber ebenfalls dieſelbe als beſtritten aufſtellt. Nach dem Erbg. §. 92. muß das jus succedendi wohl als ausgeſchloſſen angeſehen werden; da nach demſelben die Erbfolge der Ehegatten wegfällt, wenn die Ehe aus irgend einem Grund für nichtig erklärt worden iſt; vgl. Handb. I. §. 146. und dazu Excurſe a. a. O. S. 285.

b) Das Erbg. enthält §. 92. dieſe Beſtimmung ausdrücklich, und hebt §. 93. die nach älterm Recht gültigen Beſtimmungen, zu Folge deren in dem Fall einer, wegen desertio maliliosa aufgehobenen Ehe, dem ſchuldloſen Theil die Succeſſionsrechte vorbehalten wurden, auf. Was gilt nun aber, wenn eine nichtige Ehe bis zu dem Tod eines der Ehegatten ohne Störung fortgedauert hat? Nach Biener qu. 51. L. 1814. in opusc. II. S. 210. würde anzunehmen ſeyn, daß in einem ſolchen Falle das Erbrecht der Ehegatten eintrete; und das Erbg. ſcheint §. 95. dieſe Anſicht zu unterſtützen, wenn es den Erben des verſtorbenen Ehegatten das Recht

abſpricht, die Nullität der beſtandenen Ehe geltend zu machen, welche der Verſtorbene nicht urgirt hatte.

c) Vgl. Koch succ. ab int. §. 108. 109. Glück §. 101.

d) Vgl. Koch l. l. §. 110. ff. Glück §. 120—126.

e) Einige waren jedoch der Meinung, daß dem unvermögenden Mann eine ſolche successio zu Statten komme, wenn die Frau keine Mobilien hinterlaſſen hatte; obwohl nach gem. Recht die successio conjugis pauperis bloß zu Gunſten der Witwe Statt findet; vgl. aber Schott inst. jur. Sax. p. 293. Wernsdorf. de marito ex legg. Saxon., si ejus cognati adsunt, in immob. ab intestato haud succed. Viteb. 1792. Kind II. 73. ed. 1. Reſcr. v. 12. März 1791. C. A. C. II. 1. S. 505.

f) Haubold ſächſ. P. R. §. 317. b. Schott a. a. O.

§. 858.

Außer der erwähnten succ. ex edicto unde vir et uxor galt aber nach älterm ſächſ. Recht eine successio der Ehegatten ex jure singulari[a]), welche mit einer Art von Notherbenrecht verbunden[b]), nach Verſchiedenheit des Standes und Geſchlechts verſchieden war, und, mit Ausnahme der ſogenannten portio statutaria und gewiſſermaßen des dotalitium der Ehefrau, zum Gegenſtand gewiſſe in dem Nachlaß vorhandene species hatte.

a) Die Darſtellung dieſer successio singularis der Ehegatten findet ſich ausführlich in den frühern Ausgaben des Handbuchs dargeſtellt; vgl. auch Haubold a. a. O. §. 317—331. a.

b) Demgemäß waren alle Diſpoſitionen, durch welche dies Erbrecht benachtheiligt ward, ungültig, wenn gleich die Diſpoſition in andern Punkten ſtehen blieb.

§. 859.

Ohne Rückſicht auf den Stand der Eheleute gebührte 1) dem Ehemann die Erbfolge in das geſammte Mobiliarvermögen der Ehefrau[a]); welcher jedoch aus demſelben in subsidium den Deſcendenten den Pflichttheil zu ergänzen hatte[b]). In dieſer Beziehung kommen mehrere Beſtimmungen über das, was dem Mobiliarvermögen beizuzählen ſey, ſchon in den Conſtitutionen vor[c]); 2) der Ehefrau die ſogenannte portio statutaria[d]), gegen Einwerfung ihres eignen dem Manne zugebrachten Vermögens[e]), und ebenfalls

ein Anſpruch auf gewiſſe Mobilien des Mannes, welche die ſogenannte Witwengerade bildeten [f]). Eben ſo gab es für beide Ehegatten beſondere Anſprüche in Anſehung der Hochzeitsgeſchenke [g]). Als eigentliche Erbfolge ward aber bloß die successio in mobilia des Ehemanns [h]), und in portionem statutariam der Ehefrau [i]), wiewohl beides nicht ohne mannigfachen Widerſtreit der Meinungen, angeſehen.

a) Handb. III. §. 858. der vor. Ausgaben. Haubold §. 320. Man rechnet dazu Inventarienſtücke von Grundſtücken, welche die Ehefrau hinterließ, Biener. qu. 16. in opusc. II.

b) Handb. III. §. 862. der vor. Ausg. Haubold §. 322.

c) Vgl. Handb. III. §. 859. 860. der vor. Ausg. Haubold §. 321.

d) Handb. a. a. O. §. 875. ff. Haubold §. 326. ff. Bauer. resp. 133. 134. L. 1802.

e) Handb. a. a. O. §. 876. Haubold §. 328. Gottſchalk disc. II. 2. Die Ehefrau hatte daher die Wahl, aus der Verlaſſenſchaft des Ehemanns entweder ihr Einbringen zurückzufordern, oder die portio statutaria zu wählen, Kind I. 61. Doch war in mehrern ſtatutariſchen Verordnungen die Pflicht zur Collation nachgelaſſen.

f) Handb. a. a. O. §. 883. Dieſe Gerade erhielt aber die Witwe mehr jure separationis als jure successionis.

g) Handb. a. a. O. §. 879. Haubold §. 68. 331. a.

h) Handb. a. a. O. §. 861. Haubold §. 323.; vgl. auch Bauer resp. jur. 31. L. 1793. Schott inst. jur. Sax. IV. 1. 2. §. 3. S. 288. J. D. Kind. de obligat. mariti rerum uxor. mobilium heredis aes alien. hered. dissolvendi. L. 1786. Kind qu. I. 55.

i) Handb. a. a. O. §. 878. Haubold §. 330. Schott l. l. §. 26. p. 311. sqq. Kind I. qu. 57.

§. 860.

Außerdem hatte eine adlige Ehefrau [a]) 1) den Anſpruch auf ein aus den Lehngütern des Ehemanns zu gewährendes Witthum, dotalitium [b]), vorausgeſetzt, daß ſie eine Mitgift dem Ehemann zugebracht hatte, oder nach deſſen Ableben mit Verzugszinſen von Zeit der vollzogenen Ehe annoch einzuwerfen bereit war [c]); ferner 2) auf gewiſſe in der Verlaſſenſchaft vorhandene species, die in ihrer Verbindung die ſogenannte adlige Gerade [d]), Morgengabe [e]) und das Mußtheil [f]) bildeten.

a) Vgl. Handb. a. a. O. §. 864. ff. Haubold §. 397—407.
b) Handb. §. 865. ff. Haubold §. 398. ff.
c) c. 42. 44. f. II. dec. 55. v. J. 1661. Handb. §. 867. Haubold §. 399.
d) Handb. §. 884. Haubold §. 404.
e) Handb. §. 870. f. Haubold §. 404.
f) Handb. §. 872. 873. Haubold §. 404. Zu unterſcheiden von dem ſogenannten Eingeſchneitel, supervita. Handb. §. 874. Haubold §. 406.

§. 861.

Wegen aller dieſer einer adligen Witwe zuſtändigen Emolumente iſt zu bemerken, daß ſie 1) nur Singularſucceſſion begründeten [a]); 2) den Anſprüchen der Erbſchaftsgläubiger nachſtanden [b]); 3) nur dann gefordert werden konnten, wenn die Witwe nicht, wie ſie durfte, die ſtatutariſche Portion aus dem Nachlaß des Ehemanns erwählt hatte [c]).

a) Vgl. wegen des Leibged. Haubold §. 399. der Gerade, aus welcher übrigens der Pflichttheil der Kinder ergänzt werden mußte, Handb. §. 884. 890.; über Morgengabe Handb. §. 870. Haubold §. 404.; über Mußtheil Handb. §. 873. Haubold §. 404.
b) Vgl. die ältere Ausg. des Handb. und Haubold a. a. O. und was insbeſondere dotalitium betrifft, Handb. §. 568. Haubold §. 401. not. e. und deſſen diss. de dotalitio necessario conturbata, re mariti familiari haud exigendo. L. 1797. in opusc. tom. II. n. 3.
c) Vgl. Handb. §. 874. Haubold §. 397.

§. 862.

Nachdem bereits durch die Gouvernements-Verordnung v. 24. Mai 1814. die ſtatutariſche Erbfolge der Ehegatten, welche neben der eben angedeuteten auf allgemeinen Landesgeſetzen beruhenden hin und wieder beſtand, aufgehoben worden war [a]), ward durch das Erbg. vom 31. Januar 1829. die Erbfolge der Ehegatten durchgreifend abgeändert [b]), und die in dem Geſetz angeordnete Succeſſion als die allein gültige beſtimmt [c]), auch in dieſer Beziehung der Gouvernements-Verordnung, welche das bisherige Erbrecht des Ehemanns beſtehen ließ, derogirt [d]). Nur die Beſtimmung von §. 91. 92. 97. des Erbgeſ., über die Momente, durch welche das Erbrecht begründet wird, und die Anwendung

einiger Vorſchriften deſſelben auf Zuwendungen unter Eheleuten, welche durch letztwillige Verordnungen erfolgen, blieb hinſichtlich der vor dem Tag, mit welchem das Geſetz in Wirkſamkeit trat, rechtskräftig entſchiedenen Fälle ausgeſchloſſen [e]).

a) Gouv.-Blatt II. n. 107. S. 472. bei Moosdorf III. 69.
b) Abſchn. 4. §. 66—101.
c) Erbg. §. 98.
d) Erbg. §. 140.
e) Erbg. §. 140.

§. 863.

Die früher gültigen Succeſſionsrechte der Ehegatten ſind durch das Erbgeſetz ausdrücklich aufgehoben worden, und zwar, was Morgengabe und Mußtheil betrifft, mit der Beſtimmung, daß die bisher dahin gerechneten Sachen als zu der gemeinen Nachlaßmaſſe gehörig betrachtet werden ſollen [a]). Anlangend das dotalitium, ſo hindert zwar nichts ein ſolches durch Vertrag, namentlich durch Eheverträge, feſtzuſtellen [b]). Allein das von dem Ehemann auf Lehngütern verſicherte Leibgedinge iſt nur von denjenigen Lehnsfolgern zu gewähren, welche zu Anerkennung der das Lehn betreffenden Verfügungen verpflichtet [c]), oder durch Familienſtiftung gehalten ſind, oder in die Beſtellung des Witthums gewilligt haben [d]).

a) Erbg. §. 99.
b) Das ſogenannte vidualitium oder dotalitium voluntarium. Handb. III. §. 865. der vor. Ausg., Haubold §. 401.; vgl. Erbg. §. 80. 101.
c) Vgl. Zachariä Lehnr. §. 93.
d) Erbg. §. 101. Der Lehnsfolger, der das dotalitium nicht zu gewähren braucht, haftet natürlich auch nicht für Rückgabe der Mitgift, welche gegen Beſtellung des Witthums etwa innen gelaſſen worden iſt.

§. 864.

Die Succeſſion der Ehegatten nach heutigem Recht hat mit der alten ſächſiſchen ex jure singulari zuſtändigen Succeſſion das gemein, daß ſie zwar mit Notherbenrecht ver-

bunden iſt [a]), jedoch durch Vertrag beſchränkt werden kann [b]); allein ſie unterſcheidet ſich von der ältern Succeſſion der Ehegatten weſentlich dadurch, daß ſie 1) für Ehegatten aller Stände in gleicher Maaße gilt [c]); 2) eine Quote des Nachlaſſes, bisweilen auch den ganzen Nachlaß zum Gegenſtand hat [d]); 3) Univerſalſucceſſion bewirkt [e]).

a) Erbg. §. 70. 71. 78. Die Succeſſion der Ehegatten concurrirt demnach mit der Succeſſion der übrigen Inteſtaterben.

b) Erbg. §. 70. 79. 80.

c) Erbg. §. 98.

d) Erbg. §. 66. 67. 68. 69.

e) Erbg. §. 78. — Es fragt ſich, ob neben dieſer successio conjugum bei einer Verheurathung unter Verwandten der hinterbliebene Ehegatte dem Verſtorbenen auch zugleich als Blutsverwandter ſuccediren könne? vgl. §. 840. not. f. Der Fall einer doppelten Verwandtſchaft liegt hier allerdings nicht vor.

§. 865.

Damit dieſes Erbrecht begründet werde, iſt erforderlich: 1) daß die Ehe vollzogen ſey [a]); indem Verlöbniſſe unter den Verlobten in keinem Fall ein Erbrecht begründen [b]). Der Act aber, durch welchen die Ehe als vollzogen angeſehen wird, iſt nicht mehr, wie nach älterm Recht, die Beſchreitung des Ehebettes [c]), ſondern wenigſtens bei chriſtlichen Unterthanen Sachſens [d]) die Trauung, 2) daß das eheliche Bündniß bis zu dem Tode des einen Ehegatten fortgedauert habe [e]).

a) Erbg. §. 91.

b) Erbg. a. a. O. Alſo vor dem Jahr 1835. (vgl. §. 842. not. b.); auch in dem Falle nicht, wenn der eine Verlobte Vollziehung der Ehe verweigert hatte. Gottſchalk disc. III. 8. p. 207. ff.

c) Vgl. Handb. I. §. 109.

d) Wegen Andrer vgl. die Bemerk. §. 842. not. a.

e) Erbg. §. 92.

§. 866.

Die Quote, welche in den meiſten Fällen der ſuccedirende Ehegatte von dem Nachlaß des Verſtorbenen empfängt, wird lediglich von dem Allodialnachlaß [a]) und zwar

jeden Falls auch hier von dem zur Zeit des Todes vorhandenen Beſtand [b]) gewährt. Ausgeſchloſſen bleibt aber hier 1) dasjenige Vermögen, rückſichtlich deſſen der Verſtorbene freie Dispoſition ſich vorbehalten und auch wirklich ausgeführt hat [c]); 2) in dem Fall, wenn der hinterbliebene Ehegatte mit Kindern concurrirt, das, was die Kinder unter einander zu conferiren haben [d]). Eine Einwerfung des eignen Vermögens von Seiten des ſuccedirenden Ehegatten iſt nicht erforderlich [e]).

a) Erbg. §. 66.
b) Vgl. §. 840. γ.
c) Erbg. §. 75.
d) Erbg. §. 76. eine Beſtimmung, die freilich ein leichtes Mittel an die Hand giebt, den Pflichttheil des Ehegatten zu verkürzen.
e) Erbg. §. 77.

§. 867.

Die Quote, welche dem Ehegatten als Pflichttheil hinterlaſſen werden muß, beträgt ein Drittheil des Nachlaſſes, und nur in dem Fall, wenn der ſuccedirende Ehegatte mit leiblichen Kindern des verſtorbenen Ehegatten concurrirt, ein Viertheil des Nachlaſſes [a]). In dem letztern Fall kann eine Concurrenz mehrerer Pflichttheilsberechtigten vorkommen [b]), und daſſelbe wird allemal dann eintreten, wenn der Verſtorbene in einer der vorſtehend sub E. erwähnten Anſtalten verſtorben iſt [c]). Uebrigens iſt auch in Anſehung dieſes Pflichttheils der Ehegatte als Erbe anzuſehen [d]).

a) Vgl. §. 704. J. W. III. 89. Gottſchalk in der Zeitſchr. II. xix. §. 1. S. 331.
b) Vgl. über dieſen Fall 698. not. f.
c) Vgl. §. 853. b. not. g.
d) Erbg. §. 78.

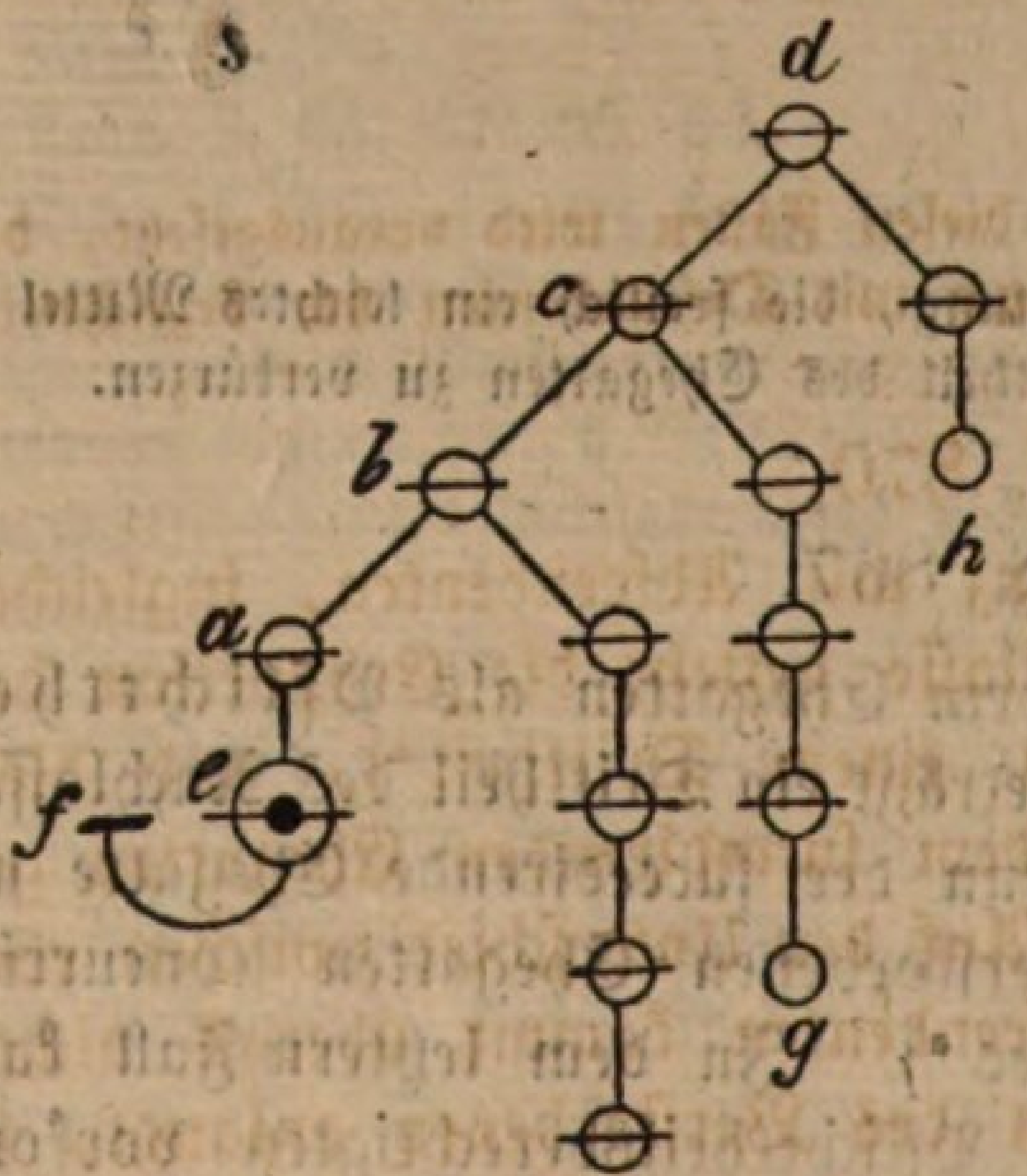
§. 868.

Die Erbportion, welche dem überlebenden Ehegatten gebührt, wenn der Verſtorbene ohne letztwillige Verfügung mit Tode abgegangen iſt, wird verſchieden nach der Qualität der Verwandten beſtimmt, mit denen der Ehe-

gatte bei der Erbfolge concurrirt [a]). Der ganze Nachlaß fällt demſelben zu, wenn der Verſtorbene weder Deſcendenten noch Adſcendenten, noch Seitenverwandte der 4. Claſſe bis zu dem ſiebenten Grad hinterläßt [b]).

a) Erbg. §. 66. 67. 68. 69.; vgl. Nehrhof v. Holderberg Arch. f. ſächſ. Jur. I. 1. n. 8. S. 16.

b) Erbg. §. 69. Welche Rückſicht iſt hier aber nach §. 45. des Erbgeſetzes auf die Linie zu nehmen? Man betrachte folgendes Schema:



e. iſt der verſtorbene Ehemann, de cujus successione quaeritur, welcher die Ehefrau f. hinterläßt. In der nächſten Linie des b. concurrirt bis zu dem 6. Grad kein Verwandter; in der entferntern Linie c. ein Verwandter des 7. Grads g., in der noch entferntern Linie d. ein Verwandter des 6. Grads h. Jenen ſchließt die Ehefrau f. aus; aber auch dieſen? Allerdings, denn dieſer würde von g. ausgeſchloſſen werden, wenn die Ehefrau nicht vorhanden wäre, und da letztere den g. ausſchließt, ſo muß ſie auch dem h. vorgehen.

§. 869.

Die Erbportion des überlebenden Ehegatten beträgt A), wenn derſelbe mit Abkömmlingen des Verſtorbenen concurrirt, ein Viertheil des Nachlaſſes [a]). Doch gilt dieſes eigentlich nur von dem Fall der Concurrenz mit leiblichen Kindern, obwohl übrigens ohne Unterſchied, ob dieſelben zugleich Kinder des ſuccedirenden Ehegatten, eheliche oder uneheliche, wenn letztere nur vor Vollziehung der Ehe jura legitimorum erlangt haben [b]), ſind. Dagegen iſt die Erbportion der Ehegatten nur ein Drittheil, 1) wenn keine andern Deſcendenten concurriren, als ſolche, welche der Erblaſſer während der Dauer der Ehe adoptirt hat [c]), 2) in Anſehung der außerehelich erzeugten Kinder, wenn die Ehe=

frau nur mit Kindern zuſammentrifft, welche auf Anſuchen des Ehemannes während der Ehe legitimirt worden ſind [d]), oder der Ehemann mit den aus dem Ehebruch ſeiner Ehefrau erzeugten Kindern concurrirt [e]).

a) Erbg. §. 66.

b) a. §. 68. des Erbg. Was die legitimati per subsequens matrimonium betrifft, ſo ſind dieſe entweder durch die Ehe mit dem ſuccedirenden Ehegatten, oder durch eine frühere Ehe legitimirt und in beiden Fällen den legitimis völlig gleich; vgl. §. 842.

c) Erbg. §. 67.

d) Erbg. §. 68.

e) Erbg. a. a. O. In allen dieſen Fällen wird vorausgeſetzt, daß der ſuccedirende Ehegatte nur mit Deſcendenten der bezeichneten Art zuſammentreffe.

§. 870.

B) Bei der Concurrenz mit Adſcendenten, ingleichen mit Verwandten der 3. Claſſe beſteht die Erbportion des ſuccedirenden Ehegatten in einem Drittheil [a]), und dieſe Quote bildet zugleich den dem ſuccedirenden Ehegatten gebührenden Pflichttheil [b]). Auf den Unterſchied zwiſchen ehelichen und unehelichen Adſcendenten kommt überall nichts an; und was Adoptiveltern des Verſtorbenen anlangt, ſo iſt eine Concurrenz überhaupt nur dann denkbar, wenn denſelben in dem Adoptionsvertrag ein Succeſſionsrecht bedungen worden iſt [c]).

a) Erbg. §. 66.

b) Erbg. §. 70.

c) Erbg. §. 53. Iſt in einem ſolchen Fall der Adoptivvertrag vor der Ehe geſchloſſen worden, ſo hat der ſuccedirende demſelben ſelbſt auf die Gefahr hin, in ſeinem Pflichttheil verletzt zu werden, ſich zu fügen, Erbg. §. 72. Außerdem würde dies nur der Fall ſeyn, wenn der Ehegatte ohne Vorbehalt conſentirt hätte; a. des Erbg. §. 70. 79.

§. 871 a.

C) In dem Fall, wenn der Ehegatte bloß mit Verwandten der vierten Claſſe, die dem Verſtorbenen nicht entfernter als in dem ſechſten Grad verwandt ſind, zuſammentrifft, empfängt der ſuccedirende Ehegatte die Hälfte des

Nachlaſſes [a]), alſo mehr als den Pflichttheil [b]). In dem Fall des Zuſammentreffens mit Verwandten dieſer Claſſe iſt es demnach allein möglich, daß ein Ehegatte wider ſeinen Willen mit Vermächtniſſen, die ab intestato hinterlaſſen werden, belaſtet werden kann [c]).

a) Erbg. §. 69.

b) Erbg. §. 70. Ob in dieſem Fall der belaſtete Ehegatte neben dem Pflichttheil die quarta Falcidia in Anſpruch nehmen könne, erſcheint zweifelhaft. Die Entſcheidung des Oberappellationsgerichts v. 6. Aug. 1836. (GS. n. 65.) n. III. a. E. ſpricht allerdings allgemein, wenn ſchon in dem Vorhergehenden bloß von dem Pflichttheil der Deſcendenten die Rede war.

c) Erbg. §. 79.

§. 871 b.

Alle dieſe Beſtimmungen des Erbgeſetzes kommen in Anwendung, nicht bloß dann, wenn reine Inteſtaterbfolge eintritt, ſondern auch, wenn die successio ab intestato neben der teſtamentariſchen Erbfolge [a]) und ſelbſt einer successio pactitia Statt findet. Doch wird in dem letztern Fall ein Erbvertrag vorausgeſetzt, der bereits vor der Ehe oder während derſelben mit Zuſtimmung des betheiligten Ehegatten abgeſchloſſen worden iſt [b]).

a) Vgl. §. 838. Erbg. §. 71. Die Regel bleibt, daß der Pflichttheil der Ehegatten nicht beeinträchtigt werden darf. Daraus folgt, daß in dem Fall, wenn der Teſtamentserbe ex die oder sub conditione suspensiva eingeſetzt worden iſt, der als Inteſtaterbe concurrirende Ehegatte in Anſehung des Pflichttheils ſogleich als unwiderruflicher Erbe, nicht als Fiduciar, wie das bei andern Inteſtaterben, die nicht zugleich Notherben ſind, der Fall iſt, Erbg. §. 6., eintritt. Und eben ſo würde derſelbe bei einer ad diem oder sub conditione resolutiva erfolgten institutio heredis wegen des Pflichttheils nicht als fideicommissarius angeſehen werden können.

b) Erbg. §. 71. 72.

§. 872.

Was die Folgen betrifft, welche mit dem Pflichttheilsrecht der Ehegatten verbunden ſind, ſo iſt davon bereits oben die Rede geweſen [a]). Sie beſtehen im Allgemeinen darin, daß während der Ehe wider den Willen des betheiligten Ehegatten deſſen Notherbenrecht durch keine

Diſpoſition [b]) benachtheiligt werden kann; eine vor der Ehe getroffene Diſpoſition aber, durch welche der Pflichttheil beſchwert wird, dem ſuccedirenden Ehegatten nur dann entgegenſteht, wenn ſie unwiderruflicher Natur iſt [c]); obwohl im Uebrigen jede den Pflichttheil des Ehegatten beeinträchtigende Diſpoſition nicht abſolut, ſondern nur, in ſoweit ſie den Pflichttheil beſchwert, ungültig iſt [d]). Was insbeſondere den Fall anlangt, wenn der verſtorbene Ehegatte aus ſeinem Allodialvermögen ein Lehn erworben hat, ſo kommen in Beziehung auf den Pflichttheil der Ehegatten die Beſtimmungen von §. 60—62. des Erbgeſetzes in Anwendung [e]).

a) Vgl. §. 704. Nehrhof v. Holderberg Arch. I. 1. S. 10.

b) Es iſt in dem Erbg. bloß von Diſpoſitionen die Rede, welche mortis caussa geſchehen. Was Diſpoſitionen inter vivos anlangt, ſo bleibt dem benachtheiligten Ehegatten nichts als ein Analogon der querela inoff. donationis oder venditionis übrig. Daß ein vor Eingehung der Ehe errichtetes Teſtament durch die nachfolgende Ehe in gewiſſer Maaße ruptum werde, iſt bereits oben §. 727. not. a. 728. not. e. erwähnt. Wäre die Diſpoſition eine bloß codicillariſche, allein auf Vermächtniſſe ſich beziehende, ſo wäre die Folge eine pro rata eintretende Verminderung der Vermächtniſſe. Iſt die Diſpoſition ein Teſtament, in welchem zugleich Vermächtniſſe hinterlaſſen worden ſind, ſo afficirt der Pflichttheilsanſpruch des benachtheiligten Ehegatten zwar zunächſt den Erbtheil des eingeſetzten Erben; dieſer aber kann ſich durch verhältnißmäßige Abzüge von den Legaten, entweder nach Maaßgabe der l. Falcidia oder nach Analogie deſſen, dem ein Theil der beſchiedenen Erbſchaft evincirt wird (§. 788. not. h.), decken. Wäre in dem Teſtament der Ehegatte ſelbſt eingeſetzt, ſo könnte er durch Abzug entweder der Qu. Falcidia, oder des Pflichttheils ſich proſpiciren. Ueber die dem Ehegatten, deſſen Pflichttheil verletzt worden iſt, zuſtändige querela inofficiosae donationis ſ. Kori Erört. III. 32.

c) Erbg. §. 72.

d) Erbg. §. 71. Daß, wenn durch eine Diſpoſition des Verſtorbenen der Pflichttheil bloß beſchwert worden iſt, der Ehegatte, welcher die ihm auferlegte Beſchwerde nicht agnoſcirt, der ihm außerdem in der Diſpoſition des Verſtorbenen zugedachten Vortheile verluſtig werde, iſt ebenfalls bereits §. 704. not. c. bemerkt worden. Ob die angezogene Stelle bloß auf das in derſelben Diſpoſition Vermachte zu beziehen ſey, bleibt allerdings zweifelhaft.

So viel ſcheint jedoch gewiß, daß dieſelbe nicht auf gültige Schenkungen inter vivos bezogen werden könne.

e) Erbg. §. 74.; vgl. §. 700—701. b.

§. 873.

Das Erbrecht der Ehegatten fällt weg I. mit Zuſtimmung des Betheiligten 1) im Allgemeinen, in Folge förmlich geſchehener Verzichtleiſtung[a]), 2) insbeſondere wenn eine von dem Ehegatten bereits getroffene Diſpoſition, in welcher dem andern etwas auf den Todesfall beſchieden worden iſt, genehmigt wird[b]). Hierbei kommt in Betracht, A) die Diſpoſition ſelbſt, welche ſowohl eine widerrufliche[c]), als eine unwiderrufliche, im letztern Fall ein Vertrag unter den Eheleuten ſelbſt, namentlich ein Ehevertrag, oder Vertrag des einen Ehegatten mit einem Dritten, dem der andere Ehegatte ſeine Zuſtimmung ertheilt, iſt[d]). B) Der Act der Zuſtimmung, die entweder bei der Diſpoſition ſelbſt oder nachher als Genehmigung hinzugekommen ſeyn kann[e]); wofür bei einſeitigen Diſpoſitionen des Ehegatten, von deſſen Nachlaß die Rede iſt, auch die Annahme des dem ſuccedirenden Ehegatten beſchiedenen Vortheils gilt[f]). C) Das, was dem hinterbliebenen Ehegatten beſchieden wird. Es kann eine beſtimmte Sache, oder Summe, aber auch eine Rente ſeyn[g]).

a) Dies iſt als pactum renunciativum namentlich dann anzuſehen, wenn Verzicht während der Ehe erfolgt. Daß ehedem eine verzichtende Ehefrau hierzu des Conſenſes eines Geſchlechtsvormundes bedurfte, ſcheint aus dem Curatel-Geſetz v. 10. Nov. 1828. §. 3. n. 3. j. §. 28. hervorzugehen. — Das Erbgeſetz erwähnt übrigens den Fall der förmlichen Verzichtleiſtung gar nicht.

b) Erbg. §. 79. 80.; vgl. einen hierher gehörigen nicht gleichförmig entſchiedenen Rechtsfall in dem J. W. V. 75. u. Zeitſchr. N. F. I. xx.

c) Erbg. §. 81.

d) Erbg. §. 80.

e) Erbg. §. 80. Namentlich gilt dies bei einſeitigen Diſpoſitionen Erbg. §. 81. des einen Ehegatten; und bei Verträgen mit einem Dritten, in welchen der andre Ehegatte bedacht wird.

f) Erbg. §. 81.

g) Erbg. §. 80. Das Beiſpiel einer Rente tritt in dem Fall des für

den hinterbliebenen Ehegatten angeordneten Auszugs, ferner, wenn der Ehemann die Ehefrau in eine Witwencaſſe eingekauft hat, ein. Hieraus ergiebt ſich zugleich, daß es mit den Worten des Geſetzes: aus dem Vermögen des andern Ehegatten, nicht allzu genau zu nehmen iſt; vgl. J. W. an dem not. l. angef. O.

§. 874.

Die Wirkung der zu einer ſolchen Dispoſition des einen Ehegatten von dem andern ertheilten Zuſtimmung iſt, daß letzterer in der Regel mit den ihm ausgeſetzten Gegenſtänden ſich begnügen muß [a]). Jedoch leidet dieſe Regel eine Ausnahme, α) inſofern von dem hinterbliebenen Ehegatten nachgewieſen werden kann, daß der Erblaſſer nicht in der Abſicht, die Erbfolge des Hinterbliebenen zu beeinträchtigen, disponirt habe [b]); β) wenn der verſtorbene Ehegatte über ſein ſonſtiges Vermögen nicht disponirt hat; in dieſem Fall wird der hinterbliebene Ehegatte von den Deſcendenten und Aſcendenten, ſo wie den Seitenverwandten bis und mit dem ſechſten Grad ausgeſchloſſen; in Ermangelung ſolcher Verwandten aber fällt demſelben gleichwohl der geſammte Nachlaß zu [c]).

a) Erbg. §. 82.

b) Erbg. a. a. O. Auch wenn nachgewieſen werden könnte, daß die Abſicht dahin gegangen ſey, das Erbrecht des hinterbliebenen Ehegatten nur für einen gewiſſen Fall einzuſchränken, der hinterher nicht eingetreten iſt, würde daſſelbe gelten. Hierher würde namentlich der Fall gehören, wenn in einem Ehevertrag dem hinterbliebenen Ehegatten etwas für den Fall der Concurrenz mit Kindern aus dieſer Ehe bedungen worden, und die Ehe kinderlos geblieben iſt; vgl. Handb. I. §. 131.

c) Erbg. §. 83.

§. 875.

Das Erbrecht des hinterbliebenen Ehegatten kann ferner II. in Folge eines dem Verſtorbenen zugeſtandenen Vorbehalts, über ſein Vermögen oder einen Theil deſſelben zu disponiren [a]), beſchränkt werden, vorausgeſetzt jedoch, daß von dieſem Vorbehalt durch eine gültige Dispoſition wirklich Gebrauch gemacht worden iſt [b]). Ein ſolcher Vorbehalt bedarf keiner beſondern Zuſtimmung des andern Ehegatten,

wenn derſelbe entweder von dem Ehegatten vor Eingang der Ehe mit Vorwiſſen des andern Theils [c]), oder von einem Dritten in Anſehung von Vermögen, welches derſelbe dem einen Ehegatten gültiger Weiſe zur beliebigen Diſpoſition überlaſſen hat, gemacht worden iſt [d]). Die Wirkung dieſes Vorbehalts iſt, daß bei Berechnung des Pflichttheils des hinterbliebenen Ehegatten nur dasjenige Vermögen des Verſtorbenen in Anſchlag kommt, über welches in der vorbemerkten Maaße nicht disponirt worden iſt [e]). Uebrigens kann ſowohl in dieſem Fall als in dem Fall I. 2. §. 873. auch ausdrücklich Verzicht des andern Ehegatten hinzutreten, und es entſteht dann die Frage, ob durch eine ſolche hinzugetretene Verzicht die hier erwähnte Vorausſetzung und die in §. 874. erwähnten Ausnahmen beſeitigt werden [f]).

a) Erbg. §. 75.

b) Erbg. a. a. O.; vgl. c. 2. p. III. Ob für eine ungültige Diſpoſition, in Anſehung der Ehefrauen auch eine Diſpoſition inter vivos zu achten ſey, zu welcher der Ehemann ſeine Zuſtimmung nicht ertheilt hat, kann gefragt werden? Man kann zwar im Allgemeinen nicht ſagen, daß der gemachte Vorbehalt unnütz werde, wenn für einzelne Diſpoſitionen, welche die Ehefrau inter vivos vornimmt, noch die Zuſtimmung des Ehemanns erforderlich ſeyn ſollte. Deſſen ungeachtet ſcheint aber die aufgeworfene Frage nach §. 31. des Curatelgeſetzes verneint werden zu müſſen.

c) Nur wenn während der Ehe ein ſolcher Vorbehalt von dem einen der Ehegatten gemacht werden ſollte, bedarf es einer ſolchen Zuſtimmung des andern Theils.

d) Dieſen Fall erwähnt das Erbgeſetz §. 75. ausdrücklich.

e) Erbg. §. 75. Daß, wenn der verſtorbene Ehegatte in Gemäßheit des gemachten Vorbehalts über den ganzen Nachlaß disponirt haben ſollte, der Hinterbleibende gar nichts aus dem Nachlaß erhalte, iſt zwar nicht ausdrücklich geſagt, verſteht ſich aber doch wohl von ſelbſt. Zweifelhaft dürfte indeß die Beantwortung der Frage ſeyn, ob der hinterbliebene Ehegatte mehr als den Pflichttheil in Anſpruch nehmen könne, wenn von dem vorbehaltenen Vermögen mehr als der Pflichttheil beträgt, frei geblieben iſt? Es ſcheint jedoch, als ob in dieſer Beziehung §. 83. des Erbgeſetzes analog in Anwendung zu bringen ſey.

f) Vgl. §. 836. not. p. §. 966. n. 3. Es ſcheint nicht, als ob hier die ausdrückliche Verzichtleiſtung eine größere Wirkung hervorbringe, als nach §. 75. und 83. eine ſtillſchweigende Verzicht.

§. 876.

Das Erbrecht der Ehegatten fällt III. auch ohne Zuſtimmung des betheiligten Ehegatten weg, wegen Verſchuldung deſſelben, 1) wenn derſelbe von dem Erblaſſer aus den in den Geſetzen angeführten Gründen förmlich enterbt und nicht etwa Verzeihung ihm zu Theil geworden iſt [a]); 2) auch ohne ſolche Enterbung, wenn der hinterbliebene Ehegatte des Erbrechts ſich unwürdig gemacht hat [b]).

a) Vgl. oben §. 711.

b) Erbg. §. 90. f. §. 104.

§. 877.

Endlich fällt IV. das Erbrecht der Ehegatten auch dann weg, wenn die beſtandene Ehe vor dem Tode des einen oder des andern Ehegatten getrennt oder für nichtig erklärt worden iſt [a]). Eine bloße separatio, Scheidung von Tiſche und Bette, hebt dagegen das Erbrecht nicht auf [b]), außer, wenn ſie, wie bei den Anhängern des katholiſchen Glaubens vorkommen kann, perpetua iſt, wo allerdings der ſchuldige Theil ſein Erbrecht verliert [c]).

a) Erbg. §. 92. vgl. oben §. 865.

b) Erbg. §. 96.

c) Erbg. a. a. O. Was gilt in dieſer Hinſicht bei gemiſchten Ehen; welche Geſetze ſind anzuwenden, wenn die eine Religionspartei nur Separation, die andre völlige Trennung annimmt? vgl. Tittmann. de compet. legg. externar. et domest. §. 55. sqq., der freilich gerade die obige Beſtimmung nicht berückſichtigen konnte. Weder das Mandat vom 19. Febr. 1827. GS. n. 6., noch das neueſte Geſetz über gemiſchte Ehen v. 1. Novbr. 1836. GS. n. 70. enthält etwas, was zur Entſcheidung dieſer höchſt ſchwierigen, nach den Grundſätzen über collisio legum zu beantwortenden Frage dienen könnte. Wohl aber das Geſetz sub C. v. 28. Januar 1835. (GS. n. 19.) §. 57. Nach demſelben iſt in Scheidungsfällen das Recht derjenigen Kirche anzuwenden, welcher der Beklagte angehört. Allein zugleich iſt beſtimmt, daß separatio perpetua für den der proteſtantiſchen Confeſſion zugethanen Theil als wirkliche Scheidung, und eine wirkliche Scheidung für den katholiſchen Theil nur als separatio perpetua gelte. Daraus würde folgen, daß der proteſtantiſche Theil in keinem Fall ein Erbrecht an dem Vermögen des Getrennten behalten könne, während der getrennte katholiſche Theil

gegen den ſchuldigen proteſtantiſchen Theil ein Erbrecht behielte; vgl. Nehrhof v. Holderberg Arch. I. 1. S. 11.

§. 878.

Wenn ein Ehegatte vor ſeinem Ableben Annullation oder Scheidung der Ehe, oder auch beſtändige Separation von Tiſch und Bette bei der Behörde nachgeſucht hat; ſo entſtehen daraus dieſelben Wirkungen, wie aus einer erfolgten Enterbung [a]), vorausgeſetzt, daß 1) für das Geſuch einer der angegebenen Enterbungsgründe, der aber zugleich ein Recht begründet, Trennung der Ehe oder beſtändige Separation zu fordern, angegeben iſt [b]), 2) keine Verzeihung Statt gefunden hat [c]), 3) von der Behörde Ausſöhnung vergebens verſucht worden iſt [d]).

a) Erbg. §. 88.

b) Erbg. a. a. O. Alle zur Enterbung hinreichenden Gründe werden wohl auch als Scheidungsgründe betrachtet werden; nicht aber umgekehrt können Scheidungsgründe zugleich als Gründe der Enterbung in Betracht kommen; man denke nur an impotentia superveniens, oder Zuchthausſtrafe auf längere Zeit wegen eines Verbrechens, das nicht gegen den Ehegatten begangen worden iſt.

c) Erbg. §. 89. Hier kann übrigens nur eine nach Anbringung der Klage erfolgte Verzeihung, obwohl übrigens mit der Wirkung, wie bei der wirklichen Enterbung, in Betracht kommen.

d) Erbg. §. 88. Als die Behörde iſt h. z. T. nach dem Geſetz sub C. v. 28. Januar 1835. (GS. n. 19.) §. 55. das Bezirks-Appellationsgericht anzuſehen. Es fragt ſich indeß, ob nicht auch ſchon der Sühneverſuch, welcher nach §. 56. von dem competenten Pfarrer (d. h. dem Pfarrer, zu deſſen Parochie der Ehemann gehört; Verordn. z. neueſten Geſ. v. 28. März 1835. (GS. n. 36.) §. 34.) anzuſtellen iſt, ehe die Klage von dem Appellationsgerichte angenommen werden ſoll, hinreiche? Der Sühneverſuch, welchen ehemals der Superintendent in Folge einer Delegation von Seiten des Conſiſtoriums anzuſtellen hatte, würde allerdings hinreichend geweſen ſeyn.

§. 879.

Das Erbrecht eines noch nicht geſchiedenen Ehegatten kann von den ſonſtigen Erben des verſtorbenen Ehegatten darum nicht beſtritten werden, weil ein Grund zur Annullation oder Scheidung der Ehe vorhanden geweſen iſt; dafern nicht bereits der Erblaſſer Scheidung und Annullation

in der §. 878. erwähnten Maaße in Antrag gebracht hat [a]). Nur dann gilt noch eine Ausnahme, wenn der überlebende Ehegatte wiſſentlich eine Ehe eingegangen war, die wegen zu naher Verwandtſchaft oder Schwägerſchaft nicht einmal geduldet werden konnte [b]).

a) Erbg. §. 95.; vgl. oben §. 711.

b) Erbg. a. a. O.; vgl. §. 857. not. b. Daſſelbe möchte arg. §. 14. des Erbg. auch von dem Fall gelten, wenn ein bereits vorhandenes Eheband als Hinderniß der Gültigkeit der zweiten Verbindung entgegenſtand.

§. 880.

Auf diejenigen Emolumente, welche einem Ehegatten aus dem Vermögen des Andern, auf den Todesfall, kraft einer Eheſtiftung oder anderer Verfügungen gebühren, ſind manche der Beſtimmungen, welche das Erbgeſetz in Anſehung des geſetzlichen Erbrechts der Ehegatten aufgeſtellt hat, anwendbar [a]). Dahin gehört namentlich 1) die Beſtimmung, über Vollziehung und Fortdauer der Ehe [b]). 2) Die Beſtimmung, daß dann dergleichen Verfügungen in Wegfall kommen ſollen, wenn einer der angegebenen Gründe, aus welchen Enterbung Statt finden konnte, oder ein Antrag auf Annullation oder Scheidung nach §. 876. 2. eintritt [c]). 3) Daß bei Eheſcheidungen oder Annullation keinem Theil Emolumente der angeführten Art vorbehalten werden ſollen [d]). 4) Daß Separation auch hier nur in der Maaße, wie §. 877. ihre Wirkung äußert [e]). 5) Die Beſtimmung, daß nur der betheiligte Ehegatte, nicht deſſen Erben deshalb klagbar werden können [f]). — Uebrigens verbleibt in Fällen, in welchen dergleichen Leiſtungen wegfallen, dem, welcher derſelben verluſtig wird, das Befugniß, dasjenige zurückzufordern oder zurückzubehalten, was gegen jene Leiſtungen gegeben oder verſprochen worden war [g]).

a) Erbg. §. 97.

b) §. 91. 92. ſ. §. 96. des Erbg.

c) §. 84—89. des Erbg. Von eigentlicher Enterbung kann freilich hier nicht die Rede ſeyn. Nützlich erſcheint dieſe Beſtimmung, bloß wenn die Anordnung in einer unwiderruflichen Dispoſition erfolgt

iſt. Denn außerdem ſteht ſchon nach gemeinem Recht einer Revocation nichts entgegen. Aber vorauszuſetzen iſt jeden Falls eine Revocation von Seiten des Beleidigten.

d) §. 93. des Erbg.

e) §. 93. des Erbg.

f) §. 95. des Erbg.

g) Erbg. §. 97.

Drittes Capitel.

Von einigen Gegenſtänden, welche bei mehrern oder allen Arten der Erbfolge in Betracht kommen können.

A. Von Gerade- und Heergeräthe.

§. 881.

In Anſehung gewiſſer Arten von Mobilien gab es nach älterm deutſchen und ſächſ. Recht eben ſoviel verſchiedene Arten von Singularſucceſſionen. Außer den zu den beweglichen Sachen gehörigen Gegenſtänden, in welche nach den Bemerkungen in dem vorigen Capitel die adlige Witwe ſuccedirte [a]), gehörten vornehmlich wegen mancher Eigenthümlichkeiten in Anſehung der Succeſſion hierher, Gerade und Heergeräthe [b]). I. Gerade, beſtehend aus einem Inbegriff beweglicher Sachen, die nicht als Acceſſorien von Immobilien anzuſehen, auch nicht zu dem Hausgeräthe gehörig, vielmehr zum Gebrauch der Hausfrau beſtimmt, in deren Beſchluß befindlich waren [c]). In Anſehung der einzelnen Gegenſtände, welche dahin gerechnet würden, entſchied außer den Statuten einzelner Orten der Gerichtsbrauch ziemlich willkürlich. Gerade konnte nur von Frauensperſonen, verheiratheten ſowohl als unverheiratheten, hinterlaſſen werden, und in dieſe von einer Frau hinterlaſſene Gerade ſuccedirten in der Regel nur Frauensperſonen, welche man, inſofern ſie als berechtigt zur Succeſſion in die Gerade angeſehen werden, mit dem Namen Nifteln, ſo wie die ihnen zukommende Gerade mit dem Namen Niftelgerade bezeichnete. Inzwiſchen hatte gleichwohl eine Ehefrau Anſpruch auf dergleichen Mobilien, welche

in dem Vermögen des Ehemannes ſich befanden, vermöge deſſen ſie dieſelben von dem Vermögen des Ehemanns bei deſſen Ableben, oder, wenn daſſelbe von den Gläubigern in Anſpruch genommen ward, auch bei deſſen Leben jure separationis in Anſpruch zu nehmen berechnet war. Der Inbegriff der Mobilien, welche auf dieſe Weiſe eine Witwe oder Ehefrau in Anſpruch nahm, ward **Witwengerade** genannt[d]).

a) Vgl. §. 860.

b) A. **Hofmann** statuta localia oder Beſchreibung der Gerade und des Heergeräthes in Ober- und Niederſachſen. Frkf. a. d. O. 1733. J. C. **Regner** prakt. Handb. von der Gerade, den fräulichen Gerechtſamen und dem Heergeräthe. Lpzg. 1781. C. H. M. **Kerſten** Abh. von der geſetzl. Erbfolge, dem Heergeräthe und der Gerade. Altenb. 1786. K. E. **Hommel** Pertinenz und Erbſond.-Regiſter, aus deſſen Rhapsod. observat. ed. 1. beſonders herausgegeben v. G. L. **Winkler** Lpzg. 1794. In den frühern Ausgaben des Handb. ward von Gerade und Heergeräthe in dieſem Capitel §. 881—904. gehandelt.

c) G. **Barth** Ausführlicher Bericht von der Gerade. Lpzg. 1721. Ueber deſſen Autorität in foro **Kind** I. qu. 58.

d) Vgl. §. 859. not. f. Eine in die Gerade einer Ehefrau oder Witwe ſuccedirende Niftel mußte von den geſammten Geradeſtücken einige dem Ehemann und den Söhnen der Verſtorbenen ablaſſen; wogegen die Witwengerade ohne Abzug der Witwe zufällt. Daher heißt die Witwengerade im Gegenſatz der Niftelgerade auch die **volle Gerade**.

§. 882.

II. **Heergeräthe** beſtand im Verhältniß zu der **Gerade** nur aus einigen wenigen zu dem Nachlaß einer Mannsperſon[a]), die nicht geiſtlichen Standes war[b]), gehörigen Stücken, und zwar ward bei einigen Stücken von mehrern derſelben Art nur eins, jedoch das beſte[c]), hierher gerechnet. Die hierher gehörigen Stücke bildeten ein Ganzes, das zu Ausſtattung eines Kriegsmannes des Mittelalters nothdürftig hinreichte, und waren viel feſter als die einzelnen Geradeſtücken beſtimmt[d]). In daſſelbe konnten nur Agnaten ſuccediren[e]).

a) **Barth** a. a. O. VIII. 4. Ob Bauern Heergeräthe verlaſſen konnten? ſ. **Kind** I. qu. 63.

b) Barth a. a. O. Carpzov p. III. c. 38. def. 38. 39.
c) Landr. I. Art. 22.
d) Landr. a. a. O.
e) Barth a. a. O. §. 4. ff.

§. 883.

Beides, Gerade und Heergeräthe, hatten mit einander gemein: 1) daß ſie in Ermangelung der geſetzlich zu der Erbfolge in dieſe Gegenſtände berufenen Perſonen nicht etwa mit dem übrigen Nachlaß wieder vereinigt wurden, ſondern dann als bonum vacans an den Fiscus fielen [a]); 2) daß über beides zum Nachtheil der zur Succeſſion berechtigten Perſonen ohne deren Zuſtimmung mortis causa nicht disponirt werden konnte [b]), wogegen von mehrern Rechtslehrern eine ſolche Dispoſition in Ermangelung der zur Succeſſion Berechtigten in praejudicium fisci für gültig erklärt ward [c]); 3) Dispoſition inter vivos dagegen war ſowohl in Anſehung einzelner Stücke als des ganzen Complexes erlaubt. Eine Uebertragung des ganzen Complexes mußte aber mit einer wenigſtens ſymboliſchen Uebergabe verbunden ſeyn, und erfolgte gewöhnlich unter Vorbehalt des Gebrauchs und des Rechts der Veräußerung einzelner Gegenſtände, ingleichen des Rückfalls an den Veräußernden, wenn vor demſelben der Acquirent verſterben ſollte, auch ſo, daß auch künftige Geradeſtücke als unter der Veräußerung begriffen angeſehen werden ſollten. Der Verkauf der Gerade oder des Heergeräthes geſchah in dem Fall des Vorbehalts um ein geringes Kaufpretium [d]) und war eigentlich in den meiſten Fällen nur ein Scheinkauf, nämlich eine beſondere Form, unter welcher man über Gerade und Heergeräthe auf den Todesfall disponirte.

a) J. Fl. Rivinus de succ. fisci in Gerada. Kind II. qu. 68.

b) c. 14. p. II.; dazu Carpzov. Barth V. §. 82.

c) Vgl., was insbeſondere Schenkungen der Gerade betrifft, c. 13. p. II. und dazu Carpzov und Handb. III. §. 1335—1337. Bei Dispoſition über das Heergeräthe beobachtete man weniger Förmlichkeiten; vgl. §. 1337. not. d.

d) In dieſem Fall war dann auch rescissio ob laesionem enormem ausgeſchloſſen. Handb. III. §. 1300. n. 6.

§. 884.

Allein Gerade und Heergeräthe haben als eine eigenthümliche Art des Vermögens in Gemäßheit der Gouvernements=Verordnung v. $\frac{12}{24}$. Mai 1814.[a]) ſeit dem 1. Julius 1814.[b]) zu beſtehen aufgehört. Seit dieſer Zeit gehören alle vormals der Gerade oder dem Heergeräthe beigezählte Stücke zu dem gemeinen Mobiliennachlaß, deſſen Eigenthümer auch über dieſe Stücke nach Belieben inter vivos oder mortis caussa disponiren kann[c]). Nur den Ehefrauen iſt für den Fall der Trennung der Ehe[d]) ein Recht an Mobilien verblieben, welche ſie aus dem Vermögen ihres Ehemannes zu ihrer Bekleidung, zu ihrem Leibesſchmuck oder ſonſt zum Gebrauch für ihre Perſon[e]) erhalten haben. Dergleichen Mobilien ſollen nämlich in der Regel für Eigenthum der Ehefrau geachtet werden, bis das Gegentheil erwieſen wird[f]), während in Anſehung aller andern Mobilien, ſelbſt wenn ſie der Ehefrau zum Gebrauch oder zur Verwahrung überlaſſen worden wären, gerade das Entgegengeſetzte anzunehmen iſt[g]). Uebrigens kommen noch h. z. T. Mobilienkäufe in der Art, wie ehemals Geradekäufe vor[h]).

a) Gouvern.=Bl. v. 1814. §. 1. 3. im Gouv.=Blatt 2. Bd. n. 107. S. 472. und bei Moosdorf III. 69. Ueber die frühern Verſuche, Gerade und Heergeräthe abzuſchaffen und die nach Aufhören des Gouvernements erfolgte Beſtätigung der Verordnung vgl. Haubold §. 306. a. 315.

b) Gouvern.=Verordn. §. 9. 10.

c) Gouvern.=Verordn. §. 3. 4. Eben ſo ward die damals noch gültige Mobiliarſucceſſion des Ehemanns auch auf die ehemaligen Geradeſtücke erſtreckt. G.V. §. 5.

d) Von dieſem Fall allein ſpricht die Verordnung. Was gilt nun aber, wenn während der Ehe die Frau in den Fall kommt, ihres Rechts an den in der Verordnung erwähnten Gegenſtänden verluſtig zu werden, z. B. wenn Concurs zu des Ehemanns Vermögen entſteht, oder Execution in daſſelbe verfügt werden ſoll? In praxi hat man die Verordnung late interpretirt. Allein das Wort Eigenthum, welches die Verordnung gebraucht, rechtfer=

tigt dieſe Auslegung nicht vollkommen. Denn nach der Faſſung der Verordnung iſt allerdings anzunehmen, daß der Ehemann während der Ehe das Recht habe, die erwähnten Gegenſtände wiederum zurückzuverlangen; ein Recht, das unter den vorerwähnten Umſtänden ohne Zweifel auch von den Gläubigern deſſelben geltend gemacht werden kann; a. dec. 25. v. J. 1746., wenn man auch auf das in Sachſen freilich ſehr beſchränkte Verbot der Schenkungen unter Eheleuten kein Gewicht legen will. Koſtbare Geradeſtücke, die der Mann angeſchafft hatte, konnten ſchon nach §. 15. der Geſch.=Banqu.=Mand. von den Gläubigern oder dem curator bonorum für die Maſſe reclamirt werden.

e) Dahin werden namentlich Betten mit Zubehör und auch Bücher gerechnet; G.V. §. 6.

f) G.V. a. a. O. Was muß aber erwieſen werden, um das Gegentheil darzuthun, wenn, wie freilich vorausgeſetzt werden muß, feſtſteht, daß die Ehefrau Sachen der erwähnten Art zum Gebrauch erhalten hat? Es bleibt nichts Anderes übrig, als ein durch Worte oder Thatſachen ausgeſprochener Vorbehalt des Eigenthums.

g) G.V. §. 7.

h) Vorauszuſetzen iſt, daß das Geſchäft als actus inter vivos behandelt worden iſt. Denn außerdem würde wenigſtens die für donat. m. c. vorgeſchriebene Form erforderlich ſeyn. Der Gegenſtand ſolcher Käufe und Schenkungen iſt übrigens wie bei dem leg. mobilium feſtzuſtellen; vgl. §. 772.

B. Von den nächſten Folgen der Delation.

§. 885.

I. Eine Erbſchaft, die deferirt, aber noch nicht erworben worden iſt, heißt hereditas jacens [a]), und wird in manchen Beziehungen als moraliſche Perſon betrachtet [b]), und zwar als eine ſolche, welche den Erblaſſer repräſentirt [c]). Inſofern läßt ſich für dieſelbe ſowohl Erwerb als Verluſt denken [d]). Die Vertretung derſelben ſteht einem curator hereditatis zu [e]), der dieſelben Pflichten wie ein curator bonorum, namentlich ein Recht der Verwaltung, jedoch mit Beſchränkung des Rechts, zu veräußern hat [f]). Zu ſeiner Function gehört wenigſtens nach heutigem Recht die Ermittelung der Erben [g]). II. Iſt der Erbe bekannt, ſo kommt vor allen die Erklärung deſſelben über Annahme oder Repudiation der Erbſchaft in Frage. Eine ſolche Er=

klärung, welche nach neuerm ſächſ. Recht von Erben jeder Art erfordert wird [h]), hat, inſofern ſie einſeitig von dem, welchem die Erbſchaft deferirt worden iſt, nicht etwa in Form eines Vertrags bewirkt wird, manches Eigenthümliche [i]). Denn wenn ſie gleich, wie jede andere bindende Erklärung, Dispoſitionsfähigkeit [k]) und Willensfreiheit [l]) auf Seiten des Erklärenden vorausſetzt, ſo iſt doch auch außerdem zu deren Gültigkeit erforderlich, daß ſie 1) nach erfolgter Delation erfolge [m]), 2) der erklärende von der erfolgenden Delation Wiſſenſchaft habe [n]). Der Moment der Delation iſt daher der Anfangspunkt des Zeitraums, innerhalb deſſen der, dem die Erbſchaft deferirt worden iſt, über Annahme oder Repudiation der Erbſchaft ſich erklären **kann**. Eine ſolche Erklärung **muß** aber derſelbe abgeben, wenn Perſonen vorhanden ſind, welche ein Intereſſe an dem Antritt oder Nichtantritt der Erbſchaft haben, und die Abgabe der Erklärung verlangen [o]). Dahin gehören auf der einen Seite Erbſchaftsgläubiger, ingleichen Vermächtnißnehmer und Fideicommiſſare [p]), auf der andern Seite namentlich bei einer durch Teſtament deferirten Erbſchaft die ſubſtituirten und geſetzlichen Erben [q]), bei einer ab intestato angefallenen Erbſchaft die entferntern, vermöge der Succeſſion eintretenden Inteſtaterben [r]). Auch die Miterben können in dieſer Hinſicht betheiligt ſeyn [s]).

a) Vgl. §. 642. not. b. Schweppe §. 779. 842. Mühlenbruch §. 697., Derſelbe in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1493. S. 2. Daß in Sachſen während der nächſten 30 Tage hereditas ipso jure als jacens angeſehen werden müſſe, wie Carpzov p. III. c. 14. d. 14. anzunehmen ſcheint, iſt ungegründet; vgl. §. 899.

b) §. 2. I. de her. inst. l. 22. D. de fidejuss. l. 15. D. de interrog. in jure fac.; vgl. dagegen Roßhirt im Arch. f. civ. Pr. X. 17. §. 1. 3. Mühlenbruch a. a. O. S. 41. Inwiefern nach älterem röm. Recht hereditas als res nullius angeſehen, u. dem, welcher den Beſitz einzelner Erbſchaftsſachen erlangte, eine usucapio pro herede geſtattet war, ſ. Gajus inst. II. §. 52. ff. Arndts über usucapio pro herede; im rhein. Muſ. f. Jurisprudenz II. S. 125. deſſen Beiträge I. S. 77. Roßhirt Zeitſchr. I. S. 120. Fabricius im Rh. Muſ. f. Jurispr. IV. 5. Unterholzner

ebendaſ. V. 2. Savigny Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtsw. V. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 48. ff.

c) l. d. §. 2. I. l. 34. D. de acqu. rer. dom. l. 116. §. 3. D. de leg. 1.

d) Vgl. Schweppe §. 779. Nur ein furtum im Sinne des römiſchen Rechts konnte an einer hered. jacens nicht begangen werden, was ohne Zweifel damit zuſammenhing, daß ein Beſitz für hered. jacens nicht denkbar erſchien; vgl. Savigny Beſitz §. 26. Mühlenbruch a. a. O. S. 55. ff.

e) Wenn nämlich gar kein Erbe bekannt iſt, oder dieſer der Verwaltung ſich nicht unterziehen will, l. 3. D. de cur. fur. l. 8. D. quib. ex caus. in poss. eatur.

f) Er hat ſo viel als möglich den status quo zu erhalten; vgl. übrigens l. 9. D. quib. ex c. in poss. l. 1. §. 2. D. de cur. bon. d.; vgl. I. §. 376.

g) Er kann daher auch, wenn die Erben ganz unbekannt ſind, Edictalien in Antrag bringen. Das Befugniß mit den aufgetretenen Erbprätendenten über die Legitimation derſelben zu verfahren, wird ihm indeß von Schweppe a. a. O. S. 17. abgeſprochen. Ueber die Form der in dieſem Fall zu erlaſſenden Edictalien vgl. f. Sachſen Mand., die Edictalcitat. in Civilſachen außerhalb des Conc. betr., v. 13. Novbr. 1779. §. 3. b., im C. A. C. II. 1. S. 367. und dazu Kind I. qu. 65. Daß es unſtatthaft und vergeblich ſey, die Edictalcitation in einem ſolchen Falle auch an die Gläubiger, namentlich an die Legatare, zu richten, zeigt derſelbe Rechtslehrer qu. 66. Eine Ausnahme würde wenigſtens in Anſehung der Gläubiger des Erblaſſers dann gelten, wenn aus den Umſtänden Inſolvenz des Nachlaſſes mit Wahrſcheinlichkeit ſich hervorthut.

h) Einer Erklärung der Annahme der Erbſchaft bedurfte es nach römiſchem und älterm ſächſ. Recht freilich nicht, in Anſehung der ſogenannten heredes necessarii, wohin außer den eingeſetzten eignen Sclaven des Erblaſſers auch die sui heredes gehörten, pr. §. 1. I. de her. inst. §. 1. 2. I. de hered. qual. et test.; vgl. §. 672. not. a. Nur dann, wenn sui heredes sub conditione potestativa eingeſetzt worden waren, oder der Teſtator ihnen die Wahl, anzutreten oder nicht, überlaſſen hatte (vgl. §. 687. not. c.), ſtanden dieſelben den ſogenannten heredibus voluntariis gleich, l. 86. §. 1. D. de her. inst. l. 12. D. de cond. inst. Allein nach dem Erbg. (§. 124.) muß gegen jeden, der als geſetzlicher Erbe in Anſpruch genommen wird, bewieſen werden, daß er die Erbſchaft angetreten habe; und es ſind ſolche Erben, welche zur Zeit des Todes in väterlicher Gewalt ſich befanden, rückſichtlich eines ihnen durch Teſtament oder Kraft des Geſetzes zugefallenen Nachlaſſes, wie andere Erben zu beurtheilen. Die zuletzt ausgehobenen Worte ſprechen zwar nicht gerade von geſetzlichen Er-

ben, welche in der väterlichen Gewalt des Erblaſſers ſich befanden; auch iſt in denſelben nicht von Nachgebornen die Rede. Allein in der Verbindung, in welcher dieſe Worte mit dem Vorhergehenden ſtehen, muß man wohl annehmen, daß von Erben, welche in der väterlichen Gewalt des Erblaſſers ſtanden, die Rede ſey, da dieſe rückſichtlich des Erwerbs einer deferirten Erbſchaft von andern Erben weſentlich verſchieden wären. Und was das Letztere betrifft, ſo können nachgeborne Erben in Beziehung auf Erwerb der Erbſchaft nicht ſtärkere Rechte haben, als die zur Zeit des Todes wirklich vorhandenen; vgl. §. 841. not. a. Ob ein durch Vertrag beſtimmter Erbe zwiſchen Annahme und Verwerfung der Erbſchaft wählen könne, ſ. §. 905. not. a.

i) Eine vertragsmäßig abgegebene Erklärung würde wenigſtens nach heutigem Recht gültig ſeyn, auch wenn ſie vor Delation der Erbſchaft, oder von dem, der von dem Anfall noch keine beſtimmte Wiſſenſchaft erlangt hat, bewirkt worden wäre; vgl. §. 836. Das, was zu einer gültigen Erklärung erfordert wird, gilt übrigens in Gemäßheit der l. 18. D. de acqu. vel om. her. l. 5. C. de repud. her., es mag die Erklärung auf Antritt oder Repudiation der Erbſchaft gerichtet ſeyn.

k) l. 8. 9. D. de acqu. vel om. her. Insbeſondere vergleiche 1) in Anſehung der Unmündigen, d. l. 8., l. 9. §. 3. D. de aut. tut. Während nach römiſchem Recht der Vormund nur pro pupillo infante antreten konnte, hingegen der pupillus infantia major ſelbſt autore tutore antrat, und nach l. 18. D. de acqu. vel om. her. l. 5. C. de repud. her. eben daſſelbe von der Repudiation galt; iſt nach heutigem, namentlich ſächſ. Recht, vgl. V. O. XIII. 4., nur Erklärung des Vormunds erforderlich, der aber in bedenklichen Fällen die Genehmigung der vormundſchaftlichen Behörde einzuholen hat. 2) Was furiosi und mente capti anlangt, ſo enthält zwar l. 7. §. 7. 8. 9. C. de cur. furios. beſondere Vorſchriften über Annahme oder Repudiation einer dem furiosus deferirten Erbſchaft; vgl. Becmann de hered. dementi delata. Götting. 1772. Reinhardt verm. Auff. aus dem Gebiet der Rechtswiſſenſch. 1. Heft. Stuttg. 1822. n. 14. Schweppe §. 845. v. Löhr Magazin III. 1. S. 59. ff. Allein nach heutigem Recht ſcheint ebenfalls der Vormund hier einzutreten. Daſſelbe gilt auch von Verſchwendern; vgl. V. O. XXIV. 12. Ueber die einem Abweſenden angefallene Erbſchaft vgl. Excurſe III. S. 393. und die daſ. angef. Abh. von Cropp, ingl. Elvers juriſt. Zeitung Jahrg. I. 74. 3) Frauensperſonen bedürfen hierbei eines Geſchlechtsvormunds; Curatelgeſ. §. 3. n. 3., was nach neueſtem Recht wegfällt; vgl. I. §. 370. 4) In Anſehung der unter väterlicher Gewalt befindlichen Perſonen enthält l. 8. C. de bon. quae lib. die Beſtimmungen des neuern römiſchen Rechts; über das ältere vgl. l. 6.

pr. §. 2. D. de acqu. vel om. her. Nach jenem gelten im Ganzen dieſelben Grundſätze, wie bei den unter Tutel befindlichen Perſonen, d. l. 8. C., l. 18. pr. §. 1. 2. C. de jure delib. Auch daß die Kinder gegen die, während ihrer Minderjährigkeit, von ihrem Vater abgegebene Erklärung reſtituirt werden können, l. 8. §. 6. C. de bon., quae lib., iſt etwas, was den Minderjährigen contra factum tutoris zu Statten kommen kann. Dagegen iſt als Eigenthümlichkeit zu bemerken: 1) daß, um die Erbſchaft anzutreten, die Kinder nicht ſo ſchlechterdings an den Willen des Vaters gebunden ſind. 2) Daß die Erbſchaft, welche von den Kindern ausgeſchlagen wird, von dem Vater erworben werden kann.

l) Zwang, Betrug, Irrthum haben gewiß auch hier die nämlichen Folgen, wie in andern Verhältniſſen. Aber freilich iſt eine auf dieſe Weiſe erfolgte Erklärung nicht ipso jure für nicht geſchehen zu achten, ſondern es muß etwas geſchehen, um dieſelbe in ihren Folgen aufzuheben, ſo lange noch res integra vorhanden, nicht etwa eine freiwillige Erklärung für das Eine oder das Andre hinzugetreten iſt. Das nächſte Mittel, um eine unfreiwillige Erklärung aufzuheben, iſt ein Geſuch um Reſtitution, l. 21. §. 5. D. quod met. causs.; vgl. tit. C. II. 39. 40. Daß man nebenbei eine Klage gegen den, welcher durch Zwang oder Betrug zu der abgegebenen Erklärung beſtimmt hat, anſtellen kann, wie in dem Fall der l. 40. D. de dolo malo, ſchließt das Recht auf Reſtitution keinesweges aus.

m) l. 21. §. 2. 3. l. 27. l. 32. §. 1. 3. l. 69. D. de acqu. vel om. her. §. 6. I. de hered. qual. et diff.

n) l. 13. §. 1. l. 17. pr. l. 19. 21. §. 2. 3. l. 22. 30. §. 8. l. 32. pr. §. 1. 2. l. 46. 51. pr. D. de acqu. vel om. her. Nach dieſen Geſetzen, die zwar nur von Erbantritt ſprechen, nach obigem aber auch von der Repudiation verſtanden werden müſſen, iſt erforderlich, daß der präſumtive Erbe auch über Grund und Modalität der Delation eine beſtimmte Ueberzeugung habe, namentlich bei einer durch Teſtament deferirten Erbſchaft an der Gültigkeit des letzten Willens nicht zweifele; vgl. Schweppe §. 835. not. 5. S. 153.

o) Ohne einen ſolchen Antrag giebt es keine Pflicht zur Erklärung, und nur erſt Ablauf der Verjährungsfriſt kann Verluſt des Erbrechts herbeiführen; l. 8. C. de jure delib. l. ult. in fin. C. de ed. D. Hadr. toll.; vgl. §. 957. Mühlenbruch doctr. pand. 695. Schweppe §. 837. S. 158. §. 840. Eine Ausnahme nimmt man an bei der teſtamentariſchen Erbfolge, wenn der Teſtirer ſelbſt eine Friſt zur Antretung beſtimmt hat, l. 72. D. de acqu. vel om. her. Doch wird auch in dieſem Geſetz ein substitutus vorausgeſetzt.

p) Allen dieſen muß daran liegen, daß der Nachlaß von irgend Je-

mand vertreten, und der, welcher ſie zu vertreten hat, wirklich ausgemittelt werde. Die Legatare und Fideicommiſſare, welche an einen beſtimmten oneratus gewieſen ſind, haben außerdem ein Intereſſe, daß gerade dieſer oneratus antrete.

q) Dieſe haben ein ſpecielles Intereſſe, daß der beſtimmte Erbe nicht antrete. Ueber ſubſtituirte Erben vgl. §. 714. n. 4.

r) vgl. §. 840. not. v.

s) Dieſe können intereſſirt ſeyn, theils wegen des jus accrescendi (§. 890.), theils wegen Vertretung des Nachlaſſes gegen die Erbſchaftsgläubiger. Befindet ſich der Nachlaß in gerichtlicher Verwahrung und Verwaltung, ſo kann allerdings auch dem Richter daran gelegen ſeyn, dieſer Verwahrung oder Verwaltung überhoben zu werden. Allein ob hiermit auch das Recht gegeben ſey, von dem bekannten Erben eine Erklärung über Annahme oder Verwerfung der Erbſchaft zu fordern, das muß bezweifelt werden. Nur das Recht, die unbekannten Erben edictaliter vorzuladen, ſteht dem Richter zu; vgl. das §. 885. not. g. angef. Mand., die Edictalcitat. in Civilſachen außerhalb des Concurſes der Gläubiger betr., v. 13. Novbr. 1779. §. 3. b.

§. 886.

Der zu der Erbſchaft Berufene kann indeß zum Behuf weiterer Ueberlegung eine gewiſſe Friſt, spatium deliberandi [a]), ſich erbitten, die ihm von dem Gericht jedoch in der Regel nur einmal ertheilt werden ſoll. Iſt aber eine ſolche Friſt nicht nachgeſucht, oder ohne daß eine beſtimmte Erklärung von Seiten des präſumtiven Erben abgegeben worden wäre, verfloſſen; ſo wird dieſes Schweigen zum Vortheil derer, welche die Erklärung verlangen, und zu dem Nachtheil des in Abgabe der Erklärung Säumigen interpretirt [c]).

a) Tit. D. de jure delib. (XXVIII. 8.) C. de jure delib. et de adeunda vel acqu. her. (VI. 30.) J. M. G. Besecke de cretione, jure deliberandi et inventar. in adeunda hered. Hal. 1773. §. 15. sqq. Rumpf de jure deliberandi et benef. invent. Götting. 1777. J. C. Koch de hered. deliberante. Giess. 1783. Eine Schrift von J. B. Wernher de usu benef. deliberandi. Viteb. 1720., wenn ſie nicht identiſch iſt mit obs. 1. p. VII., habe ich nicht vergleichen können. Weſtphal von Vorleg. und Eröffnung der Teſtam.-Annehmung und Ablehn. der Erbſchaft, den Rechten und Pflichten der Erben. Lpzg. 1790. §. 307—325. Thibaut Verſuche II. 7. Vangerow im Arch. f. civ. Pr.

XXII. 7. v. Buchholz in Linde's Zeitſchr. X. 2. Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Pandectencomment. XLI. §. 1466. Grosch. de juris deliberandi origine et ambitu apud Romanos; Vratisl. 1839. kenne ich bloß aus öffentlichen Anzeigen. Das beneficium deliberandi nachzuſuchen iſt nothwendig nur in dem Fall, wenn Perſonen vorhanden ſind, die auf Erklärung dringen, l. 9. C. de jure del. Dies hindert aber nicht, daß auch außer dieſem Fall der zur Erbſchaft Berufene das benef. delib., das übrigens nur auf Anſuchen ertheilt ward, l. 1. §. 1. D. de jure del., in Anſpruch nehme. Uebrigens hat von Erben verſchiedener Grade und Ordnungen jeder das benef. deliberandi, l. 10. D. de jure del.

b) l. 3. 4. D. de jure del.

c) Das iſt die gewöhnliche Anſicht der Rechtslehrer; Berger Oec. II. 4. 52. Haubold ad d. l. not. h. Koch diss. l. §. 11. Höpfner Comm. §. 548. Schweppe §. 840., obwohl dieſelbe in den Geſetzen nicht in der Allgemeinheit, wie ſie aufgeſtellt wird, ausgeſprochen ſich findet, vielmehr nach vorjuſtinianiſchem Recht aus l. 72. D. de acqu. vel om. her. j. l. 4. D. de reb. aut. jud. poss. hervorzugehen ſcheint, daß in allen Fällen der verweigerten Erklärung die Erbſchaft pro repudiata geachtet, und in specie in dem Fall, wenn ein heres substitutus die Erklärung verlangt, bloß die fernere Anwendung eines indirecten Zwangs, der aber freilich die Sache nicht immer weiter führen mochte, Statt finden ſoll; l. 69. in fin. D. de acqu. vel om. her. Ueber das neuere Recht vgl. §. sequ. Die Anſicht der Rechtslehrer enthält ohne Zweifel das zweckmäßigſte Präjudiz, welches einem präſumtiven, ſeine Erklärung zurückhaltenden Erben angedroht werden kann; und es iſt kein Zweifel, daß dieſer Nachtheil von dem Richter, wenn auch nicht per resolutionem, doch durch Sentenz angedroht werden könne. Dabei entſteht aber freilich die Frage, welches Präjudiz erwählt werden müſſe, wenn Perſonen, die rückſichtlich des Antritts oder Nichtantritts ein verſchiedenes Intereſſe haben, die Erklärung verlangen? Nach Koch l. l. §. 11. und Haubold l. l. not. h. iſt das Intereſſe des ſubſtituirten Erben und der Legatare vor dem der Gläubiger zu berückſichtigen.

§. 887.

Dieſe ſchon vor Juſtinian gültigen Sätze ſind durch die Geſetzgebung Juſtinians [a]) im Weſentlichen nicht verändert, wohl aber auf gewiſſe Weiſe modificirt worden [b]). Auch nach Juſtinianiſchem Recht läuft nämlich dem, welchem eine Erbſchaft deferirt worden iſt, ipso jure keine peremtoriſche Friſt, binnen welcher derſelbe eine Erklärung

über Antritt oder Ausſchlagung der Erbſchaft abgeben müßte[c]). Ein spatium deliberandi iſt zwar nach der Conſtitution des Juſtinian nicht mehr in dem Grade Bedürfniß, und ſelbſt weniger begünſtigt, als nach älterm Recht; dennoch kann es aber nachgeſucht und ertheilt werden; jedoch mit folgenden Modificationen[d]): 1) es kann überall nur einmal und nie über ein Jahr, von Untergerichten nur auf 9 Monate, ertheilt werden[e]). 2) Erfolgt vor Ablauf der Deliberationsfriſt keine Erklärung, ſo wird wenigſtens zu Gunſten der Erbſchaftsgläubiger und Legatare die Erbſchaft für angetreten geachtet[f]). In jedem Fall kommt aber 3) viel darauf an, ob der, dem die Erbſchaft deferirt worden iſt, zugleich ein Inventarium über den Nachlaß in der vorgeſchriebenen Maaße errichtet hat, oder nicht[g]).

a) l. 22. C. de jure delib. Ueber welches Geſetz u. deſſen Verhältniß zu l. 19. C. ib. zu vergleichen Marezoll im Arch. für civ. Pr. VIII. 10. n. 6. Mühlenbruch a. a. O. §. 1467. ff. Thibaut Verſ. II. 7. v. Buchholz in Linde's Zeitſchr. X. 10. Vangerow a. a. O. Eine Beſtimmung über die Deliberationsfriſt enthält auch ein früheres Geſetz, l. 36. §. 2. C. de inoff. test.

b) Die ſehr lobenswerthe Abſicht Juſtinians ging offenbar dahin, ſoviel als möglich alle die Gründe zu beſeitigen, welche den präſumtiven Erben zu Zurückhaltung einer beſtimmten Erklärung beſtimmen konnten; daher ward das benef. inventarii eingeführt; welches, da es den Erben von der Verpflichtung befreite, ultra vires hereditatis zu haften, wenigſtens einer Bedenklichkeit, gegen den Erbſchaftsantritt überhob, wenn ſchon eine andre mit dem Antritt verbundene, den Nachlaß wenigſtens nach den Kräften deſſelben zu vertreten, blieb.

c) Man hat das Gegentheil aus der §. 1. d. l. ult. C. erwähnten, von den meiſten Rechtslehrern ganz überſehenen oder übergangenen Friſt gefolgert; Marezoll a. a. O., dem auch Mühlenbruch doctr. pand. §. 695. not. 16. beipflichtet; vgl. deſſ. Bem. in der Fortſ. des Gl. Comm. §. 1466. S. 301. 306. 327. vgl. §. 1469. S. 383. v. Buchholz in Linde's Zeitſchr. X. 10. S. 433. Vangerow a. a. O. II. S. 168. Dagegen iſt aber von andrer Seite erinnert worden, daß dieſe Friſt nur dazu gegeben ſey, um von der Erbſchaft ohne Weiteres und, ohne daß dem Verzichtenden ein Nachtheil wegen nicht gefertigten Inventariums trifft, ſich loszuſagen. Dieſe Anſicht hat ſchon darum viel für ſich, daß ſie gerade denſelben Zeitraum umfaßt, welcher nach §. 2. 11. für An-

fertigung des Inventariums in der Regel vorgeſchrieben iſt. Die ältere, l. 19. C. de jure delib., welche von dem in Anſehung der ſogenannten transmissio Justinian. gültigen Friſt handelt; vgl. Schweppe §. 840. not. 6., ſteht nicht entgegen.

d) Dieſe Modificationen bezwecken überall, der Tendenz des Geſetzes gemäß, den präſumtiven Erben zu beſtimmen, daß er ſtatt eine Deliberationsfriſt nachzuſuchen, lieber das benef. inventarii in Anſpruch nehme. §. 14. d. l. Daß benef. delib. durch d. l. ult. C. ganz unnütz gemacht worden ſey, wie Thomaſius in not. ad tit. I. de her. qual. et diss. Titius jus privat. XII. 15. Reichhelm die Verſ. einer Auslegung dunkler Geſetze aus dem Civil- und Lehnrecht, Halle 1799. n. 7. behauptet, iſt unrichtig; vgl. Wernher obs. l.

e) d. l. ult. §. 13. Zweifelhaft iſt, ob in die Deliberationsfriſt die §. 1. erwähnten drei Monate mit eingerechnet werden oder nicht. Wäre erſteres der Fall, ſo liefe die ganze Friſt a momento notitiae auf ein Jahr oder 9 Monate. In dem letztern Fall müßte die Friſt von Zeit des angebrachten Geſuchs laufen, wo dann wieder die Frage entſtände, ob das Geſuch während der §. 1. erwähnten 3 Monate oder auch nachher und hier quocunque tempore mit Erfolg geſtellt werden könne? Das Letztere iſt die Meinung von Schweppe §. 840.; vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 314. ff. Vangerow a. a. O. I. S. 155.

f) d. l. ult. §. 14.; vgl. auch die angez. l. 19. C. de jure delib. Was Rechtens ſey, wenn der Subſtituirte oder Inteſtaterbe auf Erklärung dringt, davon iſt weder in dem einen, noch in dem andern Geſetz die Rede; vgl. J. W. II. 11., woſelbſt aber zunächſt von der Erklärung über Agnition eines Teſtaments die Rede iſt.

g) d. l. ult. §. 14. Wer um Deliberationsfriſt nachſucht, ſoll nichtsdeſtoweniger ein Inventarium über den Nachlaß genau nach der geſetzlichen Vorſchrift (cum omni subtilitate) fertigen. Thut er dies, ſo kann er vor Ablauf des spatium deliberandi ohne Nachtheil ſich losſagen; und er behält, wenn er antritt, wenigſtens den Anſpruch auf die qu. Falcidia, wenn er gleich nach dem Geſetz den Gläubigern in solidum haftet; vgl. von Langenn u. Kori I. 11. Hat er die Fertigung des Inventars unterlaſſen, ſo fällt in dem Fall des Erbſchaftsantritts auch der Anſpruch auf qu. Falcidia weg; in dem Fall der Losſagung aber bleibt der Verzichtende dem jusjurandum in litem des Gegners ausgeſetzt.

§. 888.

Durch die neuere auch in Sachſen angenommene Praxis und einige ſächſiſche Geſetze a) iſt indeſſen eine von dem bisher Geſagten in mancher Hinſicht abweichende Theorie ge-

bildet worden. Nach dieſer wird angenommen, daß für den, welchem eine Erbſchaft deferirt worden iſt, ipso jure eine Deliberationsfriſt laufe [b]). Was dieſe Friſt betrifft, ſo iſt A) im Allgemeinen zu bemerken: 1) der Zeitpunkt, von welchem an dieſe Friſt, die ein Jahr enthält [c]), läuft, iſt der Augenblick, mit welchem der präſumtive Erbe von der erfolgten Delation Kenntniß erhält [d]). 2) Nach ſächſiſchem Recht kann während dieſer Friſt auch eine bereits angetretene Erbſchaft wieder aufgegeben und den Nachlaßgläubigern überlaſſen werden [e]); was nach Ablauf derſelben nicht weiter Statt findet [f]); B) wenn der Erblaſſer inſolvent verſtorben und vor oder nach deſſen Tode ein Creditweſen entſtanden iſt, ſo findet nach ſächſ. Recht jene Friſt nicht Statt, ſondern deſſen Kinder oder ſonſtige Erben müſſen binnen 8 Wochen über Annahme oder Ausſchlagung der Erbſchaft ſich erklären, widrigenfalls die Erbſchaft für ausgeſchlagen erachtet wird [g]).

a) Resol. grav. v. 1661. tit. von Juſt. Sachen §. 70. C. A. I. S. 233. Deciſ. 57. v. J. 1661., welche vom Anfang bis zu den Worten: angehalten werden, wörtlich aus den angef. Res. gr. entnommen iſt, übrigens am Schluß auf die in C. A. nicht aufgenommenen Res. gr. v. 1653. und 1657. (vgl. Kind. II. qu. 56.) Bezug nimmt; ferner Leipz. Handels-Ger.-Ordn. Art. 23., deren Dispoſition in §. 16. des Geſch.-Banqu.-Mand. übergegangen iſt.

b) Vgl. die angezogenen Geſetze und was die Rechtslehrer anlangt, welche vornehmlich a. l. 19. C. de jure delib. dieſe Anſicht vertheidigen, Mencken syst. pand. XXVIII. 8. §. 1. Berger Oec. II. 4. 50. Haubold ad d. l. not. d.; ingl. S. P. R. §. 349. Höpfner Comm. §. 548.

c) Und zwar kein ſächſiſches, ſondern ein gemeines Jahr; vgl. die not. a. angez. Geſetze; von welchen die Res. gr. und Deciſ. das Jahr zu 52 Wochen rechnen.

d) a. l. 19. C. de jure delib.; vgl. die not. b. angef. Rechtslehrer. J. W. VII. 3.

e) dec. 57. Carpzov VI. resp. 73. Kind II. 56. Doch iſt erforderlich, daß der Nachlaß nach Inhalt eines beſtändig aufgerichteten Inventarium abgetreten, oder in deſſen Mangel einer auf Erfordern der Gläubiger eidlich zu beſtärkenden Specification noch vor Ablauf des Jahrs bei Gericht übergeben werde. Mehr davon

unten, wenn von dem beneficium inventarii und von der Repudiation die Rede iſt. Die Deciſion ſetzt hierbei bloß die Gläubiger als betheiligt. Daß ein eingeſetzter Erbe die angetretene Erbſchaft den ſubſtituirten oder zur Inteſtatſucceſſion berufenen Erben wieder abtreten könne, läßt ſich zwar nicht bezweifeln; nur folgt daraus nicht, daß hiermit auch der frühere Erbſchaftsantritt als gar nicht geſchehen angeſehen werden könne. Auch ſpricht die Deciſion nicht von einem ganz unbeſchränkten jus poenitendi, vermöge deſſen man etwa auch eine bereits aufgegebene Erbſchaft wieder antreten könnte, und es würde gänzlich unſtatthaft ſeyn, hier eine extenſive Interpretation des Geſetzes in Anwendung zu bringen; vgl. v. Langenn u. Kori I. 11.

f) Angef. dec. 57. Was nun aber eintrete, wenn das spatium deliberandi verfloſſen iſt, ohne daß Anmaßung oder eine Erklärung Statt gefunden hat, darüber ſagt wenigſtens die Deciſion nichts. Es muß alſo wohl bei dem gem. Recht bleiben (§. 887.). Demgemäß würde auch nach Verfluß des Jahres der, dem die Erbſchaft deferirt worden iſt, mit ſeiner Erklärung zurückhalten können, ſo lange nicht Gläubiger oder Subſtituirte und Inteſtaterben eine Erklärung fordern. Allein eine nach Verfluß des Jahres erfolgte Anmaßung oder erklärte Antretung kann, wie die Worte der decis. ſelbſt anzudeuten ſcheinen, nicht zurückgenommen werden.

g) G.O. Art. 23. G.B.M. §. 16. Die Erben brauchen nicht unbedingt anzutreten; es reicht vielmehr Antritt cum beneficio inventarii hin. Uebrigens bleibt das Recht des Richters, proviſoriſche Sicherſtellung der Maſſe anzuordnen, namentlich ein praeceptum de non alienando zu erlaſſen, nicht ausgeſchloſſen. Nur wenn erſt nach dem Tode des Erblaſſers Indicien der Inſolvenz ſich zeigen, möchte es unſtatthaft ſeyn, vor Ablauf der beſtimmten achtwöchentlichen Friſt ſogleich mit Verſiegelung u. dgl. einzuſchreiten. Ein jus variandi iſt hier nicht nachgelaſſen; vgl. G.B.M. §. 16. a. E. Von welcher Zeit an die achtwöchentliche Friſt laufe, iſt nicht angegeben; es muß daher bei der in praxi im Allgemeinen angenommenen Meinung bleiben, und a momento scientiae gerechnet werden, das man natürlich am ſicherſten erhält, wenn dem präſumtiven Erben Nachricht von dem Anfall der Erbſchaft durch das Gericht mitgetheilt, und ihm eine binnen der angegebenen Friſt zu bewirkende Erklärung auferlegt wird.

§. 889.

Es verſteht ſich von ſelbſt, daß, ſo lange eine Erbſchaft deferirt worden iſt, dem, welchem ſie deferirt ward, kein Dispoſitionsrecht rückſichtlich dieſer Erbſchaft zuſteht [a]). Auch kann derſelbe während des spatium deliberandi als

Erbe weder klagen noch verklagt werden, obſchon übrigens das spatium deliberandi auf Fortſtellung bereits anhängiger Proceſſe nur den Einfluß hat[b]), daß in demſelben die Fatalien nicht eher als nach Verfluß einer Friſt von 4 Monaten fortlaufen[c]). Ob das Recht auf eine noch nicht deferirte Erbſchaft, d. h. das Recht, dieſe Erbſchaft zu erwerben, durch Ceſſion oder eine andre Dispoſition übergetragen werden könne, muß nach römiſchem Recht allerdings bezweifelt werden[d]); dagegen iſt anzunehmen, daß, wenn der, dem die Erbſchaft deferirt worden iſt, vor der über Antritt oder Ausſchlagung abgegebenen Erklärung verſtirbt, eine transmissio dieſes Rechts auf deſſen Erben Statt finde. Denn ſchon nach gem. Recht war die Regel des ältern römiſchen Rechts, hereditas nondum adita non transmittitur, durch eine Menge Ausnahmen faſt ſo gut als ganz vernichtet worden[e]), und nach neuerm ſächſ. Recht iſt geſetzlich vorgeſchrieben, daß ſobald der Erbe den Erblaſſer überlebt hat, deſſen Rechte auf die Erbſchaft auch vor deren Antritt auf die Erben übergehen[f]).

a) l. 7. §. 1. 2. l. 5. §. 1. l. 6. 7. pr. §. 3. D. de jure delib.; vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 1466. S. 291. Ob der deliberirende Erbe Edictalcitation der Gläubiger ausbringen könne, iſt zweifelhaft; Canngießer decis. 2. verneint dies; und auch das ſächſ. Mand. v. 1779. die Edictalcitat., außerh. d. Concurs C. A. C. II. 1. S. 370. ſpricht §. 3. a. nur von einem Erben, der cum benef. inventarii angetreten hat. Wohl aber kann der präſumtive Erbe, der in dem Beſitz des Nachlaſſes ſich befindet, der Verwaltung des Nachlaſſes ſich unterziehen, und er muß es ſogar, ſo lange nicht von Seiten des Gerichts eine andre Art der Verwaltung angeordnet worden iſt. Er wird auch dieſer Verwaltung wegen den dabei intereſſirten Perſonen verantwortlich; vgl. l. 5. §. 1. l. 6. 7. §. 3. l. 9. D. de jure delib.; l. 3. D. de cur. furios. l. 22. §. 1. D. de reb. ant. jud. poss. Eben ſo hat er das Recht, die zur Erbſchaft gehörigen Papiere und Rechnungen einzuſehen, l. 28. 29. D. de a. vel o. h. l. 5. pr. D. de jure del. In Anſehung der ohne Verſchulden des Erben entſtandenen Verminderung der Erbſchaft, oder der Acceſſionen des Nachlaſſes, welche inmittelſt eingetreten ſind, vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 1469. S. 404. v. Buchholz in Linde's Zeitſchr. X. 10. S. 415. Die Frage iſt nur inſofern von Wichtigkeit, als das Intereſſe der Gläubiger und Vermächtnißnehmer in Betracht kommt; auch wird bei

einem Erben, der des benef. deliberandi ſich bedient hat, natürlich vorausgeſetzt, daß er ſpäterhin wirklich angetreten habe. Nach gemeinem Recht wird dadurch in dem Verhältniß des Erben den Gläubigern u. Vermächtnißnehmern gegenüber nichts geändert. Anders ſcheint ſich die Sache dann zu geſtalten, wenn die Geſetzgebung des Landes, oder der Gebrauch des benef. inventarii den Erben nicht ultra vires hereditatis verbindlich machte; vgl. §. 915. not. e.

b) Res. grav. v. 1661. tit. von Juſt. Sachen §. 20. C. A. I. p. 217. E. P. O. XVII. 1.; vgl. mit der H.G.O. Art. 14. Hommel obs. 376. Daß die Fortſtellung des Proceſſes nicht als immixtio oder pro herede gestio anzuſehen ſey, ſ. Res. gr. l. l.

c) E. P. O. a. a. O. und dazu Griebner Diſcurſ. S. 187. Nach dem ältern Entwurf zu der E. P. O. bei Berger E. D. F. tit. XVII. p. 483. war nur eine vierteljährige Friſt Statt des *beneficii deliberandi* den Erben gegeben; nach deren Ablauf der Mandatarius der Erben den Proceß fortzuſetzen gehalten ſeyn ſollte; vgl. Berger ad d. l. obs. 2. Allein nach den Worten der E. P. O. ſcheint die hier beſtimmte viermonatliche Friſt nicht als Deliberationsfriſt beurtheilt werden zu können. Dieſe viermonatliche Friſt kommt nach den klaren Worten der E. P. O. bloß den präſumtiven Erben zu Statten, und es iſt eine eben ſo unerweisliche als unbegründete Meinung, wenn Biener syst. proc. §. 335. (326. ed. IV.) daſſelbe auch auf Vermächtnißnehmer angewendet wiſſen will. Daß der Monat hier zu 30 Tagen berechnet wird, ſ. ebendaſ. not. 7. Unter Fatalien ſind Nothfriſten zu verſtehen, deren Vernachläſſigung einen Nachtheil in Anſehung der Hauptſache herbeiführen würde. Auf Termine, wenn ſie gleich peremtoriſch angeſetzt worden ſind, iſt die Verordnung nicht anzuwenden. Es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß z. B. Termine, in denen der Verſtorbene einen Eid zu leiſten gehabt haben würde, auf Verlangen der Erben auszuſetzen ſind, bis entſchieden iſt, wer Erbe ſey? Es werden ferner nach den Worten des Geſetzes Fatalien vorausgeſetzt, welche zu laufen begonnen haben. Dabei entſteht aber wieder die Frage, ob Handlungen, welche den Anfang eines fatale begründen würden, vorgenommen werden können? Dieſe Frage kommt beſonders vor, wenn ein Urthel zu publiciren iſt, ſowohl wegen des von Zeit der Publication laufenden decendii, als auch, abgeſehen davon, in dem Fall, wenn auf Beweis erkannt worden iſt, wegen der Beweisfriſt. Die Jur.=Fac. zu Leipzig hat nach Biener a. a. O. dieſe Frage verneint. Etwas Aehnliches kann vorkommen, wenn die Rede iſt von Zufertigung übergebener Beweisartikel, inſofern a momento insinuationis den Erben die Gegenbeweisfriſt läuft.

d) Vgl. §. 643. not. a.

e) Vgl. §. 911.

f) Erbg. §. 8. 10. Welcher Art die Erben ſind, darauf kommt nichts an.

C. Von dem jus accrescendi der Erben.

§. 890.

Das jus accrescendi der Erben [a]), oder das Recht des Erben, zu der ihm beſchiedenen Erbportion noch eine andere, für welche kein Erbe ſich findet, als Erbe zu erwerben, findet, allgemein betrachtet, nach gem. Recht in zwei weſentlich verſchiedenen Fällen Statt: 1) wenn über eine beſtimmte Erbportion gar nicht disponirt worden iſt [b]); 2) unter Miterben, wenn der eine derſelben die ihm beſchiedene Erbportion entweder nicht annehmen kann, oder nicht annehmen will [c]). Schon dadurch unterſcheidet ſich dieſes jus accrescendi weſentlich von dem jus accr. der Legatare, welches immer das Daſeyn von Collegatarien vorausſetzt [d]). Es findet daſſelbe nur bei der aus dem römiſchen Recht abzuleitenden Erbfolge der teſtamentariſchen und geſetzlichen Statt [e]), obwohl beide angegebene Fälle nur bei teſtamentariſchen Erben vorkommen können. Daß es bei der succ. pactitia des deutſchen Rechts nicht Statt finde, gilt wenigſtens als die gemeine Meinung [f]). Das neuere ſächſ. Recht hat zwar für den Fall 1 das jus accrescendi ganz aufgehoben [g]), allein außer dieſem Falle kann daſſelbe, ſowohl bei der succ. testamentaria, entweder in Folge der Willensmeinung des Erblaſſers [h]), oder auch vermöge des Geſetzes ſelbſt [i]), als auch bei der succ. ab intestato, jedoch für beide mit Beſchränkung in dem Fall, wenn der wegfallende Erbe nach deferirter Erbſchaft vor abgegebener Erklärung über den Erbſchaftsantritt verſtorben iſt [k]), dann Platz greifen, wenn ein zur Succeſſion berufener Miterbe den ihm zugefallenen Erbtheil nicht annehmen will [l]), oder deſſelben ſich unwürdig gemacht hat [m]).

a) Ueber das jus accr. im Allgem. vgl. die §. 779. not. k. angef. Schriftſteller und über das jus accrescendi der Erben insbeſondere Fr. Chr. Schanz de jure accr. ab intestato et ex test. Marb. 1743. E. Ch. Westphal de jure accr. inter coheredes inter-

dum jure non decrescendi interd. secus. Hal. 1761. (in deſſen diss. n. 8.), ingl. deſſen Commentar über die Geſetze von Vorleg. und Eröffnung der Teſt.-Annehm. und Ablehn. der Erbſchaft. Lpzg. 1790. §. 279—294. H. Baumeiſter das Anwachſungsrecht unter Miterben nach röm. Recht. Tübingen 1829. Mühlenbruch in der Fortſetzung des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1498. 1499.

b) l. 33. D. de her. inst. l. 80. pr. D. de acqu. vel om. her.; ſ. oben §. 679. 680. Das Entgegengeſetzte dieſes Falles, ein decrescere, tritt ein, wenn der Teſtirer über mehr als das Ganze der Erbſchaft disponirt hat; vgl. §. 681. 682. und die daſ. angef. Abhandlung von Schrader.

c) l. 59. §. 3. D. de acqu. vel om. her. l. 5. D. de V. et P. S. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Mayer Anwachſ.-Recht. §. 6. S. 31.

d) Vgl. §. 779.

e) Auch bei der bonor. possessio galt jus accrescendi, l. 3. §. 9. D. de bon. poss. l. un. C. quando non pet. part. Baumeiſter a. a. O. §. 3. Forster de bonor. poss. lib. praet. §. 100. Eben ſo bei der alten querela inoff. Baumeiſter §. 18. Francke Notherbenrecht. §. 21. Glück V. §. 557. XXXV. §. 1421. e. S. 399. ff. XLIII. §. 1499. S. 560.

f) S. oben §. 835. add. Glück Pand. V. §. 540. Weſtphal diss. l. §. 32. ff. Es fragt ſich, wem bei der successio pactitia die portio vacans zufalle? Wenn der heres pactitius nicht Erbe werden will (vorausgeſetzt, daß er dies kann, vgl. §. 905.), ſo fällt dieſelbe gewiß an die geſetzlichen Erben des Erblaſſers. Wenn aber der vertragsmäßige Erbe vor dem Teſtirer verſtorben iſt, ſo ſollten wenigſtens die, welche annehmen, daß der Erbvertrag nicht bloß einen Erwerbstitel, ſondern wirklichen Erwerb des Erbrechts begründe, Transmiſſion auf die Erben des Erben annehmen. Diejenigen, welche den Erbvertrag als bloßen Erwerbstitel anſehen, werden dagegen mit vollem Recht behaupten, daß die portio vacans an den Erblaſſer zurück, mithin wenn dieſer ohne letzten Willen ſtirbt, an deſſen geſetzliche Erben falle. Der Grund übrigens, warum bei der succ. pactitia jus accr. ausgeſchloſſen bleibt, beruht auf der Annahme, daß bei Verträgen mehrere Intereſſenten in der Regel nur pro rata Rechte erwerben und Verpflichtungen übernehmen; vgl. Schwarze u. Heyne Unterſ. §. 2. S. 36. Beſeler Pr. 3. Erbvertr. II. 1. §. 80. Mühlenbruch a. a. O. §. 1496. S. 211. §. 1498. 99. S. 364.

g) Erbg. §. 2. 3. Iſt nur über eine Quote disponirt worden, ſo fällt die Quote, über welche nicht disponirt worden iſt, als Erbtheil dem Inteſtaterben als Erben zu. Wäre dagegen pars quanta

oder res certa von der Dispoſition ausgeſchloſſen, ſo gelangt dies als Legat an die Inteſtaterben.

h) Erbg. §. 7. Es iſt dazu nicht einmal beſtimmte Erklärung in dem Teſtament erforderlich, ſondern es reicht hin, wenn die Abſicht des Erblaſſers nachgewieſen werden kann.

i) In dem Fall §. 4. in fin. des Erbg. Mehr davon unten.

k) Denn in dem Fall, wenn der concurrirende Miterbe vor dem Teſtirer verſtorben iſt, wird nach §. 8. 10. des Erbgeſ. das jus accr. durch die Transmiſſion ausgeſchloſſen. Es kann mithin das jus accrescendi nur dann erſt eintreten, wenn der, auf welchen transmittirt worden iſt, die Erbſchaft ausſchlägt.

l) Erbg. §. 4. Von dem jus accr. bei der succ. ab intestato iſt freilich nicht ausdrücklich die Rede.

m) Erbg. §. 103.; vgl. die Motiven in der diss. von Kriegel §. 30. S. 66. sub aa. Andre Fälle, in welchen der Erbe unfähig würde, kommen nach neuerm Recht nicht vor.

§. 891.

I. Das jus accrescendi bei der teſtamentariſchen Erbfolge beruht nach gemeinem Recht auf der Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest[a]), und iſt daher im Ganzen von der Willkür des Teſtirers nicht abhängig[b]). Es ſteht dem Erben zu, der angetreten hat[c]), ohne Unterſchied, ob er heres primi oder secundi gradus iſt[d]), auch dem Erben des Erben[e]), und nach der Meinung mehrerer auch dem, welcher von dem Erben deſſen Erbtheil titulo singulari erworben hat[f]). Abgeſehen von dem §. 890. unter 1. erwähnten Fall, in welchem nach neuerm ſächſ. Recht ein jus accrescendi gänzlich ausgeſchloſſen iſt[g]), tritt das jus accrescendi dann ein, wenn mehrere Miterben zur Erbſchaft berufen ſind[h]); aber auch hier iſt mit Ausſcheidung des Falls, wenn über einen Theil der Erbſchaft gar nicht disponirt iſt, in welchem nach neuerm ſächſ. Recht jus accrescendi ebenfalls wegfällt[i]), nur noch der Fall zu betrachten, wenn die einem der Miterben beſchiedene Erbportion von dieſem nicht erworben wird[k]). Eine ſolche vacante Erbportion fällt nach gemeinem Recht dem andern Miterben, der ſeinen Erbtheil erworben hat, auch ohne ſein Wiſſen[l]) und ſelbſt gegen ſeinen Willen[m]), jedoch

mit der Verbindlichkeit, die auf der portio vacans haftenden Laſten zu übernehmen, zu [n]).

a) Vgl. §. 678. 679. 680. Mayer Anwachſ.-Recht. Abſchn. 1. §. 1. Baumeiſter §. 13. Weſtphal diss. l. cap. 3.; vgl. jedoch Mühlenbruch a. a. O. S. 251. S. 303. ff. Es darf daher keineswegeſ als eine Art beneficium der Erben betrachtet werden; um ſo weniger, da es auch wider Willen dieſer Erben und cum onere Statt findet. Francke Beitr. zur Erl. verſch. Rechtsmaterien. n. 8. S. 180. Ueber jus accrescendi unter fideicommiſſariſchen Erben ſ. oben §. 796. 799. Weſtphal a. a. O. §. 28. seq.

b) Der Teſtirer kann das jus accr. nicht ganz aufheben, ohne ein anderes gültiges Rechtsverhältniß, z. B. Subſtitution, an deſſen Stelle zu ſetzen. Modificiren kann er es bei mehrern eingeſetzten Miterben ſchon durch die Art und Weiſe der Verbindung, in welcher er dieſelben zur Erbſchaft beruft; vgl. Baumeiſter §. 13. S. 193. §. 20. In dem test. militis, wo die angegebene Regel nicht gilt, kann der Teſtirer allerdings das jus accrescendi ausſchließen; ob er es wirklich ausgeſchloſſen habe, iſt freilich quaestio facti. Baumeiſter §. 19. S. 151.; vgl. übrigens §. 736., und Breuning. de prohibit. juris accr. a testatore facta in test. L. 1766.

c) l. 52. §. 1. l. 53. 59. D. de acqu. vel om. her. l. un. §. 10. C. de cad. toll.

d) l. 59. §. 3. D. de her. inst. l. 39. §. 2. D. de V. et P. S. d. l. ult. §. 10. C.

e) d. l. ult. §. 10. C. l. 26. §. 1. D. de C. et D.

f) Vgl. §. 779. not. p. Baumeiſter §. 14. S. 121.

g) Vgl. §. 890. not. g.

h) Erbg. §. 4.

i) Es läßt ſich nämlich allerdings denken, daß unter den mehrern eingeſetzten Miterben nicht der ganze Nachlaß vertheilt worden iſt; vgl. §. 681. Auch hier muß der Theil, über welchen nicht disponirt worden iſt, unter die Beſtimmung des Erbg. §. 2. u. 3. fallen.

k) Entweder weil er vor dem Teſtirer verſtorben war, oder dieſen zwar überlebt, aber die Erbſchaft ausgeſchlagen hat. Erbg. §. 4. Hat der Miterbe die Erbſchaft angetreten, ſo findet in Anſehung ſeines Erbtheils jus accr. nicht weiter Statt; vgl. Cramer obs. jur. un. V. 1354. 1355. Ausnahme gilt bloß ob rest. in integrum, l. 61. D. du acqu. vel om. her.

l) l. 31. D. de acqu. vel om. her.

m) l. 35. 53. §. 1. D. de acqu. vel om. her. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Mühlenbruch a. a. D. S. 267. ff. Der Grund iſt, weil außerdem der testator theilweiſe unbeerbt ſterben würde, da succ. ab intest. ausgeſchloſſen iſt. Es bedarf daher auch keines beſondern Antritts für die vacante und accreſcirende Erbportion; l. 76. pr. D. de acqu. vel om. her. Der Miterbe kann nicht einmal dadurch ſich losmachen, daß er ſeinen eignen bereits erworbenen Erbtheil aufgiebt, l. 38. ib. Ausnahme gilt in den Fällen, in welchen eine bereits erworbene Erbportion wieder vacant werden kann. Dies konnte nach römiſchem Recht in zwei Fällen geſchehen; 1) wenn ein suus heres ſpäterhin von dem benef. abstinendi Gebrauch machte; l. 55. 56. D. de acqu. vel om. her.; vgl. über dies Geſetz Baumeiſter §. 15. S. 130. und die daſ. angef. Rechtslehrer. Mayer a. a. D. §. 10. S. 49. ff.; 2) wenn der andre Miterbe gegen den Erbantritt reſtituirt wird, l. 61. ib. In beiden Fällen ſcheint aber vorausgeſetzt werden zu müſſen, daß der Miterbe, an welchen die portio vacans fallen würde, zur Zeit der von ihm bewirkten Antretung keine Kenntniß von der Abſtinenz oder der Reſtitution haben konnte; a. d. l. 38. Auch iſt in den beiden genannten Fällen die Wirkung nicht ganz dieſelbe. In dem Fall 1. wird dem Miterben, welcher angetreten hat, die Wahl geſtellt, entweder die ganze Erbſchaft aufzugeben, oder die portio vacans anzunehmen; wird er jedoch durch eine Uebereinkunft mit denen, welche als Gläubiger oder Legatare an die portio vacans Anſpruch machen, ſicher geſtellt, nicht ultra vires dieſer Portion gehalten zu werden, ſo muß er mit dieſer Bedingung auch hier das Ganze übernehmen. In dem Fall 2. kann er den Gläubigern die portio vacans überlaſſen. Nur der letzte Fall iſt es, welcher nach heutigem ſächſ. Recht noch praktiſche Bedeutung hat. Erbg. §. 124.; vgl. §. 885. not. a. — Ueber den Fall der Accreſcenz bei der subst. pupillaris vgl. §. 720. not. b., womit zu verbinden Weſtphal diss. l. §. 23. sqq. Ueber den Fall, wenn einer der eingeſetzten Miterben Erbe des andern geworden iſt, l. 59. §. 7. D. de her. inst. und dazu Mayer a. a. D. S. 32.

n) l. 38. D. de acqu. vel om. her. l. 49. §. 4. l. 61. §. 1. D. de leg. 2. l. un. §. 9. 10. C. de cad. toll.; vgl. §. 793. Baumeiſter §. 16. Mayer §. 12. S. 76. ff. Mühlenbruch a. a. D. S. 258. ff.

§. 892.

Wenn außer dem wegfallenden Miterbenden zwei oder mehrere andere, welche die Erbſchaft angetreten haben, vorhanden ſind [a]), ſo fällt dieſen die portio vacans allemal nach Verhältniß ihres Erbtheils zu [b]). In dieſem Fall iſt

aber auch die Art und Weiſe der Verbindung, conjunctio [c]), in Betracht zu ziehen, in welcher die mehrern Miterben zu der Erbſchaft berufen worden ſind. In dieſer Beziehung iſt 1) im Allgemeinen zu bemerken: α) daß alle Erben, inſofern ſie zu derſelben Erbſchaft berufen ſind, als re conjuncti angeſehen werden können [d]); daß es aber zweifelhaft iſt, ob und in wie weit man auch in Anſehung einer Quote dieſer Erbſchaft, mehrere zu derſelben berufene Miterben als re conjuncti anſehen dürfe [e]); 2) daß die in einem und demſelben Satz oder collectiv zur Erbſchaft Berufenen eine gewiſſe Einheit der Perſon bilden [f]), ſo wie der ihnen beſchiedene Erbtheil, neben dem Erbtheil der übrigen, als ein gewiſſer abgeſchloſſener Theil der Erbſchaft angeſehen wird [g]), vorausgeſetzt, daß nicht die Idee der Conjunction durch Anweiſung gewiſſer reeller oder ideeller Theile für jeden Einzelnen beſeitigt worden iſt [h]). Daraus ergeben ſich 3) folgende beſondere Regeln über die Art und Weiſe, in welcher jus accrescendi ausgeübt wird: α) wenn ein eigentlicher, d. h. re et verbis conjunctus, wegfällt, ſo accreſcirt deſſen Erbportion zunächſt den andern mit ihm verbundenen, und erſt, wenn kein ſolcher mehr vorhanden iſt, allen übrigen [i]); β) wenn kein durch verba verbundener conjunctus vorhanden iſt, ſo accreſcirt deſſen Erbtheil allen übrigen Miterben [k]), jedoch ſo, daß diejenigen, welche zugleich verbis conjuncti ſind, zuſammen nur eine Portion erhalten [l]); γ) die, welche bloß verbis conjuncti ſind, ſtehen den re conjunctis gleich. Wird alſo die Erbportion des einen vacans, ſo accreſcirt ſie allen übrigen Erben, ohne daß den andern verbis conjunctis ein Vorzug gebührt [m]). Eben ſo accreſcirt ihnen die Portion eines andern ausfallenden Miterben [n]). — In dieſer Maaße iſt übrigens auch der auf den Pflichttheil eingeſetzte Notherbe des jus accrescendi theilhaftig [o]). Iſt unter den eingeſetzten Erben ein ex re certa eingeſetzter Erbe, ſo kann dieſer nach gem. Recht an dem jus accrescendi nur dann Theil nehmen, wenn kein anderer unbeſtimmt oder in eine Quote eingeſetzter Erbe vorhanden iſt [p]); ſein eigner Erbtheil aber fällt, wenn er nicht etwa

zu dieſem Erbtheil einen conjunctus hat, an die allgemeine Erbmaſſe zurück q).

a) Wenn nämlich nur noch ein Miterbe vorhanden iſt, ſo fällt die vacante Erbportion immer ganz an dieſen.

b) l. 13. §. 3. l. 59. §. 3. l. 66. D. de her. inst. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Mayer a. a. O. S. 53.

c) l. 142. D. de V. S. l. 80. D. de leg. l. 3.; vgl. §. 680. not. f. Mayer a. a. O. S. 55. Baumeiſter §. 29., der jedoch die ſogenannten verbis conjuncti anders als gewöhnlich beſtimmt. Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Comm. XL. §. 1439. XLIII. S. 304. cod. J. W. V. 108. Inſofern die Anordnung der conjunctio von der Willkür des Teſtirers abhängt, iſt auch das jus accr. von der Willkür deſſelben abhängig; vgl. §. 891. not. b. Ueber die Eintheilung in jus accr. necessarium und voluntarium ſ. Weſtphal diss. l. §. 4. 16.; und über die Unterſcheidung zwiſchen jus accrescendi und jus non decrescendi Baumeiſter §. 21.

d) Vgl. Mayer a. a. O. S. 63. Thibaut im Arch. für civil. Praxis VII. 21. S. 410. Baumeiſter §. 24.

e) Mit Recht ſcheinen dies zu leugnen Thibaut und Mayer a. a. O. A. M. iſt dagegen Baumeiſter S. 213. ff. Es iſt beſonders l. 17. §. 1. 2. D. de her. inst., auf welche man hier ſich beruft, und welche von den verſchiedenen Rechtslehrern verſchieden erklärt wird; vgl. die angef. Rechtslehrer und Averan. interpr. V. 20.

f) l. un. §. 10. C. de cad. toll. l. 34. pr. D. de leg. 1.

g) d. l. un. §. 10. C. in fin. Mayer a. a. O. S. 56. ff.

h) Dies iſt der Fall der ſogenannten verbis conjuncti, l. 89. D. de leg. 3. Mayer S. 59., welche Baumeiſter a. a. O. S. 168. abweichend von der gewöhnlichen Anſicht als ſolche definirt, die in demſelben Satz zur Concurrenz an einem beſtimmten Object nach einem auf den Fall ihrer wirklichen Concurrenz ausdrücklich feſtgeſetzten Theilungsverhältniß berufen ſind.

i) l. 63. D. de her. inst. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Baumeiſter §. 22. Mayer §. 56. Mühlenbruch a. a. O. S. 318. 336.

k) l. 59. §. 3. D. de her. inst. Der Satz iſt unbeſtritten, wenn man die Erben als re conjuncti inſofern betrachtet, als ſie zu der Erbſchaft ſelbſt, als einem Ganzen berufen worden ſind; beſtritten aber, wenn man mehrere als re conjuncti in Beziehung auf eine gewiſſe Quote betrachtet, vgl. not. e. Solche conjuncti ſollen nach der Anſicht Mehrerer ebenfalls ein Vorzugsrecht vor andern conjunctis genießen. Göſchen obs. jur. rom. n. 3. p. 99. Zimmern in deſſen und Neuſtetels römiſch-rechtl. Unterſuch.

I. 4. S. 89. ff. Baumeiſter §. 24. S. 213. ff. Schweppe §. 879. S. 258. A. M. iſt Thibaut im Arch. XII. 21. Mühlenbruch §. 789. Nimmt man mit Mayer am angeführten Ort an, daß in ſolcher Beziehung re conjuncti gar nicht gedacht werden können, ſo kann natürlich von einem ſolchen Vorzugsrecht die Rede nicht ſeyn.

l) l. 59. §. 2. 3. D. de her. inst. Es folgt dies ſchon aus dem not. f. et g. erwähnten Satze, verbunden mit den not. b. angef. Geſetzen; vgl. auch §. 680. Mühlenbruch Fortſ. a. a. O. S. 306. 312. 336.

m) l. 66. D. de her. inst. Voet. comm. XXX. §. 61. Mayer a. a. O. S. 61. Mühlenbruch §. 789. A. M. iſt Baumeiſter §. 23., der freilich den von ihm aufgeſtellten Begriff der verbis conjuncti zu Grunde legt; vgl. die daſ. not. 31. und oben §. 779. not. l. angef. Rechtslehrer, denn die Gründe für und wider das jus accr. der verbis conjuncti ſind bei den Erben und den Legataren ziemlich die nämlichen.

n) Ausdrücklich iſt dies zwar nirgends geſagt; es folgt aber daraus, daß man den einem jeden beſchiedenen Theil als Theil der ganzen Erbſchaft anſieht. Wäre die Meinung richtig, daß auch unter ihnen ein Vorzugsrecht Statt fände, was man gewöhnlich durch den Satz ausdrückt: jus accrescendi inter verbis conjunctos locum habet, ſo würden ſie auch hier als mixtim conjuncti zu betrachten ſeyn.

o) Schweppe §. 879. S. 259. Bedenken kann nur der von einigen vertheidigte Satz erregen, daß denen, die nur einen durch das Geſetz auf einen gewiſſen Theil des Nachlaſſes beſchränkten Anſpruch haben, jus accr. nicht zuſtehe, l. 6. D. de bon. poss., und was den Erbtheil der armen Witwe betrifft, Glück Inteſt.-Erbfolge §. 126. Allein dies paßt nicht auf den Pflichttheil der gewöhnlichen Notherben. Und eben ſo wenig läßt ſich Ausſchließung des jus accr. aus einer präſumtiven Willensmeinung des Teſtirers mit Gewißheit ableiten.

p) Schweppe a. a. O. Volkmann de hered. ex re certa scr. §. 14. Namentlich würde er das jus accr. als re conjunctus haben, auch dann, wenn alle übrigen Erben nur ex re certa eingeſetzt wären. Außerdem nicht, weil er dann in Beziehung auf die übrigen nur als Legatar gilt; vgl. §. 681. J. W. II. 92.

q) Inſofern er nämlich als Legatar betrachtet wird. In dem Fall, wenn neben ihm bloß heredes ex re certa vorhanden ſind, würde man dagegen ſagen müſſen, daß jus accrescendi eintrete, obgleich der Wirkung nach ſchwerlich ein erheblicher Unterſchied Statt finden möchte; vgl. l. 17. §. 1. D. de her. inst. u. dazu v. Zimmern u. Neuſtetel röm. rechtl. Unterſ. n. 4. Mühlenbruch Fortſ.

XLIII. S. 306. Uebrigens können die Wirkungen, welche unter mehrern Miterben bei dem Wegfall des einen oder des andern entſtehen, auch von dem Teſtirer, durch ausdrückliche Anordnung auf dem Wege der ſogenannten substitutio reciproca herbeigeführt werden. Inzwiſchen zeigt ſich doch manche Verſchiedenheit zwiſchen dem Fall, in welchem portio vacans an den Miterben jure accrescendi gelangt, und dem, in welchem dies vermöge einer subst. reciproca erfolgt. Die letztere hängt nämlich weit mehr von der Willkür ab, als das erſtere, und es kann vermöge deſſelben manches anders beſtimmt werden, als es bei dem jus accr. iſt. Dies gilt namentlich in Anſehung des Verhältniſſes, in welchem, und der Laſten, mit welchen jedem der ſubſtituirten Miterben die portio vacans des andern zu Theil werden ſoll. Insbeſondere aber fällt bei der subst. reciproca der Satz weg, daß portio vacans dem Miterben auch ohne ſein Wiſſen und wider ſeinen Willen, ohne beſondern Antritt zufalle, was nach gem. Recht auch von Einfluß auf Transmiſſion des anfallenden Erbtheils iſt. Vgl. über dieſen Punkt u. a. dermalen nicht praktiſche Unterſcheidungen J. H. Reuter. de subst. reciproca. Hal. 1750. (in coll. diss.) n. 7. §. 30. F. A. Cleemann de reciproca cohered. subst. Lips. 1770. §. 8—12. 19. Baumeiſter §. 17. S. 143.

§. 893.

Das jus accrescendi des neuern ſächſiſchen Rechts [a]) nähert ſich dem jus accr. unter Collegatarien inſofern, als es nicht mehr Folge einer geſetzlichen Nothwendigkeit iſt, ſondern von dem Willen des Teſtirers abhängt [b]). Möglich wird es bloß in dem Fall, wenn mehrere Miterben eingeſetzt worden ſind [c]). Aber auch hier wird vorausgeſetzt, daß die mehrern Miterben ohne Beſtimmung der Erbtheile eingeſetzt worden ſind [d]). Unter dieſer Vorausſetzung wächſt der Erbtheil des Ausfallenden [e]) den mit ihm auf gleiche Weiſe verbundenen Miterben zu [f]). Daraus folgt, daß ein jus accrescendi weder bei verbis conjunctis [g]), noch bei heredibus in re certa institutis [h]), und wenn von den Miterben einige mit beſtimmten, andre mit unbeſtimmten Theilen berufen ſind, nur unter den letztern Statt finde [i]). Uebrigens iſt der gemeinrechtliche Vorzug der mixtim conjuncti eben ſo wenig aufgehoben [k]), als der Satz, daß die Anwachſung cum onere geſchehe [l]), ingleichen daß es zur Erwerbung einer accreſcirenden Erbportion keiner beſondern

Erklärung bedürfe[m]). Ob dagegen eine ſolche Erbportion dem Miterben ſogar wider ſeinen Willen erworben werde, iſt zweifelhaft[n]).

a) Vgl. Kriegel in der mehrmals angef. diss. cap. V. §. 29—37. und die daſelbſt abgedruckten Motiven des Geſetzes.

b) Erbg. §. 7.; vgl. oben §. 779. Es bedarf aber auch nicht einmal einer in Worten ausgeſprochenen Erklärung; vgl. §. 890. not. h. Uebrigens wird nach den Motiven bei Kriegel §. 30. S. 69. ff. (vgl. beſonders die Bemerk. sub β. 3. S. 64.) das jus accr. der Miterben dem der Collegatare gleichgeſtellt. Daher läßt ſich nach ſächſ. Recht wohl behaupten, daß das jus accr. der Miterben ein Recht und zwar ein den Teſtamentserben vortheilhaftes Recht ſey, inſofern dadurch die Inteſtaterben ausgeſchloſſen werden.

c) Erbg. §. 4.

d) Erbg. a. a. O. Ob dieſe Miterben in einer Propoſition oder abgeſondert aufgeführt worden ſind, iſt, um jus accresc. im Allgemeinen zu begründen, gleichgültig; vgl. Kriegel §. 31. sub a. S. 68.

e) Vgl. §. 890. a. E.

f) Erbg. §. 4.

g) Vgl. Kriegel §. 30. u. daſ. die Motiven S. 65., ingleichen §. 31. J. W. II. 92. V. 108.

h) Vgl. Kriegel §. 30. und daſ. die Motiven S. 65., ferner §. 33. sub c. §. 17. S. 31.

i) Vgl. Kriegel a. a. O. §. 30. und daſ. die Motiven S. 65. sub d. 4., ingl. §. 32. Aus einer Vergleichung der Motiven bei Kriegel §. 30. S. 65. sub β. 4. folgt, daß dies nicht bloß dann Statt findet, wenn Miterben auf die angegebene Weiſe zu der ganzen Erbſchaft berufen ſind, ſondern auch, wenn eine Erbſchaftsquote mehrern zu unbeſtimmten Theilen angewieſen worden iſt. Dagegen gewinnt es nach den angegebenen Grundſätzen das Anſehen, als ob ein auf den Pflichttheil eingeſetzter Notherbe an dem jus accr. nicht Theil nehme; denn auch er hat einen beſtimmten Erbtheil angewieſen erhalten; vgl. Kriegel §. 33. sub b. Nur kann er freilich wieder als geſetzlicher Erbe an der ausfallenden Erbportion eines Miterben Theil nehmen. Kriegel §. 36. Daſſelbe gilt auch von dem auf den Pflichttheil eingeſetzten Ehegatten, mit dem Unterſchied, daß dieſer außer dem Fall, wenn mit ihm gar keine Verwandte des Teſtirers oder nur Verwandte der vierten Claſſe über den 6. Grad concurriren, nie mehr als die durch das Geſetz ihm zugebilligte Erbſchaftsquote erlangen kann; vgl. §. 870. in Verbind. mit §. 872. not. o. Schweppe §. 879. a. E.; vgl.

über dieſen Punct G. F. Steinacker. pr. quaest. jur. Sax. L. 1843. J. W. II. 92. Die Anſicht, daß bei dem Wegfall eines in re certa eingeſetzten Erben jus accrescendi wegfalle, weil ein ſolcher Erbe als Legatar anzuſehen ſey, iſt von dem App.-Gericht zu Leipzig u. dem Oberappellationsgericht in Dresden reprobirt worden. Daß der auf den Pflichttheil eingeſetzte Erbe an dem jus accr. nicht participiren könne, bemerkt Steinacker. a. a. O., weil hier angenommen werden müſſe, der Teſtirer habe gewollt, „daß der Notherbe ein Mehreres als den Pflichttheil nicht erhalten ſolle.“ Daſſelbe wird angenommen in dem Fall, wenn der Teſtirer mehrere Erben mit beſtimmten Theilen eingeſetzt hat, dieſe Theile aber gerade ſoviel betragen, als die, welche die Erben ohne jene Beſtimmung erhalten haben würden. Zweifelhafter iſt die Frage, ob der Pflichttheil eines Notherben, welcher wegfällt, den übrigen Miterben accreſcire? Sie wird von Steinacker. l. l. bejahet in einem Fall, in welchem den Miterben die ganze Erbſchaft mit der Anordnung beſchieden worden war, nur den Pflichttheil dem Notherben herauszzugeben. Da wo jus accr. nicht eintritt, fällt natürlich die portio vacans an die Erbmaſſe.

k) In den Worten: wächſt ꝛc. ſeinen auf gleiche Art verbundenen Miterben zu; ſcheint allerdings dieſer Satz anerkannt zu werden, obgleich Kriegel §. 31. S. 68. zweifelt. Denn ſollen dieſe Worte etwas bedeuten, ſo müſſen ſie auf eine nähere Verbindung Bezug nehmen, als die, welche durch das bloße Berufen zu einer und derſelben Erbſchaft gegeben iſt; vgl. §. 892. not. k. Daſſelbe ſcheinen die Motiven bei Kriegel §. 30. S. 65. sub B. 4. zu beſtätigen.

l) Vgl. die Motiven bei Kriegel §. 30. S. 66. und §. 34. a. et c. Ausnahme gilt nach §. 7. des Erbg. und den an letztern Ort angegebenen Motiven, wenn eine andre Abſicht des Erblaſſers nachgewieſen werden kann.

m) Dies folgt aus der Gleichſtellung des jus accr. der Miterben mit dem der Collegatare; vgl. not. b., da es bei letztern einer beſondern Erklärung der Annahme nicht bedarf; auch bietet §. 5. des Erbgeſetzes ein Argument dafür, §. 124. des Erbg. ſteht nicht, wie Kriegel §. 35. sub δ. anzunehmen ſcheint, entgegen.

n) A. M. iſt Kriegel §. 35. sub δ., nach welchem das jus accrescendi wegfällt, wenn der concurrirende Miterbe darauf verzichtet. Das folgt aber wenigſtens nicht daraus, daß nach ſächſ. Recht das jus accr. der Miterben dem der Collegatare gleichſteht, da nach gemeinem Recht ſelbſt bei Collegataren nicht überall eine accreſcirende Portion ausgeſchlagen werden kann, vgl. §. 779.; und in Anſehung des jus accr. inter collegatarios, wie Kriegel §. 37. S. 85. ſelbſt bemerkt, nichts verändert worden iſt. Inzwiſchen iſt

doch zu bedenken, daß nur collegatarii re conjuncti den ihnen angefallenen Antheil des Collegatars annehmen müſſen; daß aber nach dem bereits oben nach Mayer und Thibaut §. 892. not. e. Angeführten der Begriff re conjunctus in Beziehung auf Erbrecht und das dabei vorkommende jus accr. keine beſondere Bedeutung hat. Hiernach würde die Anſicht von Kriegel allerdings ſich vertheidigen laſſen. Es kommt hinzu, daß der Grund, aus welchem nach römiſchem Recht bei der succ. testam. das jus accr. mit Nothwendigkeit erfolgt, §. 891. not. m. nach ſächſ. Recht, nach welchem mit der succ. a testato zugleich die geſetzliche Erbfolge beſtehen kann, wegfällt; vgl. übrigens §. 908.

§. 894.

II. Das jus accrescendi findet auch bei der Inteſtaterbfolge [a]) dann Statt, wenn von mehrern zur Inteſtaterbfolge Gleichberechtigten nach erfolgter Delation einer wegfällt, und zwar nach gemeinem Recht, wenn er entweder vor der Erklärung über den Erbſchaftsantritt verſtirbt, oder die Erbſchaft ausſchlägt, nach ſächſiſchem Recht aber nur in dem letztern Fall [b]). Es tritt unabhängig von der Willkür derer, welche Erben geworden ſind, mit Nothwendigkeit [c]) im Uebrigen dergeſtalt ein, daß angenommen wird, als ſey dem Wegfallenden die Erbſchaft gar nicht deferirt worden [d]). Was die Modalität der Anwachſung in dieſem Falle anlangt [dd]), ſo accreſcirt 1) die vacante Erbportion den übrigen nach dem Antheil, der bei der Theilung der Erbſchaft auf ſie kommt, alſo nach Köpfen oder nach Stämmen, je nachdem ſie in capita oder in stirpes ſuccediren würden [e]), wobei aber durch den Wegfall des Miterben eine andere Art der Theilung als die, welche Statt gefunden haben würde, wenn alle angetreten hätten, Platz greifen kann [f]); 2) cum onere [g]); im Uebrigen ſo, daß 3) Verwandte eines und deſſelben Stammes im Gegenſatz zu Erbberechtigten andrer Stämme als mixtim conjuncti betrachtet werden [h]); 4) der geſetzliche Erbe, deſſen Erbportion ein gewiſſes maximum nicht überſchreiten darf, nie mehr als dies maximum erhalten kann [i]).

a) Vgl. §. ult. I. ad SCt. Orphil. l. 9. D. de suis et leg. her. l. 3. §. ult. l. 4. 5. D. de bon. poss. l. un. C. quando non pet. part. Weſtphal diss. l. cap. 2. §. 6. 7. Schanz diss. l. §. 90. 96. Koch succ. ab int. §. 102. Glück Inteſtaterbf. §. 42. 43.

Baumeiſter §. 6. 7. Mühlenbruch doctr. pand. §. 788. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. a. a. O. S. 270. Schweppe §. 879. S. 206. Kriegel diss. l. §. 39. Roßhirt Erbr. §. 29. S. 453. Vorzüglich aber Mayer a. a. O. S. 233. ff. Es iſt ein ſchlimmer Umſtand, daß die N. 118. dieſen Punkt nicht berührt, und daß, wie namentlich Mayer bemerkt, die Entſcheidung aus dem frühern jus civile et praetorium der Römer, die von ziemlich verſchiedenen Principien ausgehen, daher aber bisweilen auf verſchiedene Folgen leiten, entlehnt werden muß. Die ſorgfältigſte, mit ſehr ſubtilen Erörterungen über das ältere Recht verbundene Prüfung deſſen, was als Reſultat des neueſten römiſchen Rechts angeſehen werden muß, findet man bei Mayer. Auch das ſächſ. Erbgeſetz ſpricht nicht ausdrücklich von dem jus accr. bei der Inteſtaterbfolge.

b) §. 8. des Erbg.; vgl. §. 890. not. k.

c) Denn außerdem würde der Erblaſſer zum Theil unbeerbt bleiben. Dieſer Grund ſcheint hier durchgreifend, da nach Wegfall der successio ab intestato keine weitere Art des Beerbens übrig bleibt; vgl. Mayer S. 241. 245. Daß eine Verlaſſenſchaft theilweiſe vererbt, theilweiſe als herrenloſes Gut betrachtet werden könne, hat ſelbſt das ſächſ. Erbg. nicht ausgeſprochen. Daraus folgt, daß es eines beſondern Antritts, rückſichtlich der portio vacans eben ſo wenig bedürfe, als nach gemeinem Recht bei der succ. testamentaria; und daß der Inteſtaterbe, der die portio vacans nicht annehmen will, auch den von ihm bereits erworbenen Antheil fahren laſſen muß; vgl. §. 891.

d) l. 5. §. 2. D. si tab. test. null. unde liberi; vgl. Weſtphal §. 7. Glück §. 44. Mayer S. 246. Erbg. §. 111. Roßhirt a. a. O. S. 454.

dd) Mühlenbruch a. a. O. S. 289.

e) Vgl. l. 1. §. 12. D. de conjug. c. emanc. lib. l. 12. pr. D. de bon. poss. c. tab. Glück §. 44., wo der angeführte Satz durch mehrere Beiſpiele erläutert wird; Mayer S. 248.

f) Die Fälle, in welchen dies nach gem. Recht vorkommen konnte, ſ. bei Mayer S. 251. Nach ſächſ. Recht kann ein ſolcher Fall nur vorkommen, wenn ein Ehegatte mit Verwandten ab intestato ſuccedirte. Z. B. ein Erblaſſer hinterläßt ein Kind und einen Ehegatten als nächſte Inteſtaterben, außerdem einen Vater. Wird die Erbſchaft von beiden erſtern als nächſten Inteſtaterben angetreten, ſo iſt die Erbportion des Ehegatten ein Viertheil; wäre das Kind nicht vorhanden, ſo würde der Ehegatte ein Drittheil erhalten. Erbg. §. 66. 67. Geſetzt nun, das Kind fällt nach erfolgter Delation weg, und der Vater tritt an ſeine Stelle, wird nun der Ehegatte ein Viertheil, wie er zur Zeit der Delation zu fordern

hatte, oder ein Drittheil erhalten? Eben ſo, wenn der Ehegatte mit einem Verwandten der dritten Claſſe und nach deſſen Wegfall mit Verwandten der vierten Claſſe concurrirt, erhält er hier ein Drittheil oder die Hälfte? Endlich, wenn der Ehegatte mit einem Verwandten der vierten Claſſe des ſechſten Grades und nach deſſen Wegfall mit einem Verwandten des ſiebenten Grades concurrirt, erhält er die Hälfte oder den ganzen Nachlaß? Was die Beantwortung dieſer Fragen anlangt, ſo behaupten allerdings Mehrere, wie Glück a. a. O. S. 157. und in diss. de fratrum german. liberis eo in casu, ubi ab initio frater defuncti germanus adfuit, qui tamen deinde vel ante hered. aditum decessit vel hereditat. sprevit, ex jure repraes. in stirpes succedentibus, in opusc. IV. p. 151. Baumeiſter §. 7. S. 57. Roßhirt a. a. O. S. 454., daß die Theilung ſo veranſtaltet werden müſſe, wie ſie zur Zeit der Delation zu veranſtalten geweſen wäre; daß alſo durch den Wegfall eines Miterben in der Art der Theilung nichts geändert werde. Allein das Gegentheil, und daß der Wegfall des Miterben auch von Einfluß auf die Art der Theilung ſey, hat vornehmlich Mayer S. 251. ff. gezeigt. Der Hauptgrund für dieſe Meinung iſt, daß das dem jus accr. bei der succ. ab intest. zu Grunde liegende Princip auf der Annahme beruht, dem wegfallenden Miterben ſey gar nicht deferirt worden. Dieſer Satz wird auch in dem ſächſ. Erbg. §. 111. anerkannt, und §. 26., wo bloß davon die Rede iſt, wie die Nähe des Grades zu beſtimmen ſey, ſteht nicht entgegen.

g) l. 61. §. 1. D. de leg. 2.; vgl. §. 793. Mayer S. 300. Roßhirt a. a. O. S. 457.

h) d. l. 5. §. 2. D. si tab. test. null. l. 12. pr. D. de bon. poss. c. tab. l. 1. §. 12. D. de conjung. c. emanc. lib. Mayer S. 248. Schweppe §. 879. S. 260.

i) Glück §. 44. S. 156. Schweppe a. a. O. Mühlenbruch §. 788. Fortſetzung, S. 299. u. S. 349. v. Buchholz jur. Abh. n. 7. Mayer S. 297. Was die angeführten Rechtslehrer nach gem. Recht in Anſehung des Pflichttheils der armen Witwe ausſagen, das iſt nach neuerm ſächſ. Recht ohne Zweifel auch anwendbar auf den Pflichttheil der Ehegatten, Kriegel §. 37. S. 84.

§. 895.

Das jus accrescendi im Allgemeinen wird durch die eintretende Transmiſſion einer nicht angetretenen Erbſchaft ausgeſchloſſen [a]). Eben ſo fällt das jus accrescendi unter Teſtamentserben bei dem Daſeyn einer in Beziehung auf den vacanten Erbtheil angeordneten Subſtitution weg [b]). End=

lich wird das jus accrescendi bei der Inteſtaterbfolge nach gem. Recht in allen Fällen, in denen successio graduum eintritt, ausgeſchloſſen[c]). Was über den Wegfall wegen Transmiſſion und Subſtitution geſagt worden iſt, gilt auch von dem jus accrescendi der Collegatare[d]).

a) l. un. §. 5. 13. C. de cad. toll.; vgl. Baumeiſter §. 17. S. 146. Mühlenbruch §. 787. Erbg. §. 8. 10.

b) l. 9. D. de suis et leg. hered. l. un. §. 3. 4. 7. 13. C. de cad. toll. Baumeiſter §. 17. Mühlenbruch l. l. Aber freilich nur, in ſoweit wirklich ſubſtituirt worden iſt, und der Subſtituirte wirklich antritt, l. 2. §. 8. D. de bon. sec. tab.

c) Vgl. §. 840. not. v. Dies iſt nach gemeinem Recht die, wie es ſcheint, richtigere Meinung von Stryck succ. ab inst. III. cap. 1. §. 11. Schweppe §. 880. S. 263. Francke Beiträge z. Erl. verſch. Rechtsmat. n. 8. Mayer S. 266. ff. gegen die Anſicht von Glück Inteſt.-Erbfolge §. 150. ff., ingl. in der §. 894. not. f. angef. diss., welcher dem jus accr. den Vorzug zugeſteht, und Koch succ. ab intest. §. 102., deſſen willkürliche Unterſcheidung ſchon Glück in der angez. Stelle der Inteſtaterbfolge widerlegt, während dieſer letztere von Francke a. a. O. widerlegt wird. Mühlenbruch Fortſetzung des Glückſchen Comm. a. a. O. S. 272. Eine Colliſion der succ. graduum tritt übrigens, wie Schweppe a. a. O. S. 264. Mayer a. a. O. S. 285. bemerkt, nur da ein, wo neben näher Berechtigten auch entferntere Verwandte zur Succeſſion kommen; nicht alſo da, wo der Entferntere von dem Nähern unter allen Umſtänden ausgeſchloſſen wird; vgl. Mühlenbruch a. a. O. Ueber die der Anſicht von Francke und Mayer ſcheinbar entgegenſtehenden §. 9. I. de bon. poss. vgl. erſtern S. 171., letztern S. 287. ſeiner Abhandlung. Für die Anſicht der beiden letztern Rechtslehrer läßt ſich zwar nichts aus der N. 118. entnehmen, wohl aber ſpricht dafür der bereits §. 894. erwähnte Satz, daß angenommen wird, dem Wegfallenden ſey gar nicht deferirt worden, theils l. 2. §. 18. D. ad SCt. Tertull.; über welche zu vergleichen Mayer S. 262. 296. Francke S. 183. Auch das preußiſche Geh. Obertribunal nahm in einem Fall, wo nicht einmal Inteſtaterbfolge, ſondern Succeſſion aus einem Teſtament vorlag, in welchem der Teſtirer die Abſicht, mit Ausſchluß einiger Legate, ſeinen Nachlaß nach den Regeln der Inteſtaterbfolge zu vertheilen, ausgedrückt hatte, einen Vorzug der succ. graduum vor dem jus accresc. an; vgl. Simon u. Strampf Rechtsſpr. der preuß. Gerichtshöfe II. 4. — Das ſächſ. Erbgeſetz beantwortet dieſe Frage im Allgemeinen nicht; wohl aber wird der Fall, wenn der nähere geſetzliche Erbe die ihm angefallene Erbſchaft ausgeſchlagen hat, §. 111., aber, wie es ſcheint, ebenfalls nicht mit beſon-

derer Rückſicht auf jus accrescendi, erwähnt. Es ſoll nun zwar in dieſem Falle angenommen werden, als ob der Wegfallende vor dem Erblaſſer, alſo vor Delation, verſtorben wäre; dennoch aber auch hier eine Beſchränkung rückſichtlich der Verwandten der cl. I. und III. gelten. Fällt nämlich ein ſolcher weg, ſo ſollen deſſen Deſcendenten von der Succeſſion ausgeſchloſſen werden; vgl. §. 840. not. aa. Hiernach ſcheint aber gewiß, daß nach neuerm ſächſ. Recht die Concurrenz der successio graduum mit dem jus accr. in dem Fall der Repudiation gar nicht Statt finden könne. Denn in den beiden genannten Claſſen I. und III. ſind es eben nur die durch das Geſetz ausgeſchloſſenen Deſcendenten, welche die successio graduum geltend machen könnten; in cl. II. u. IV. aber iſt succ. graduum ausgeſchloſſen, weil hier die Regel gilt, proximior excludit remotiorem; vgl. oben not. c.; ingl. §. 846. 852.

d) Vgl. §. 779. not. mm. und t.

D. Von proviſoriſchen Verfügungen über eine deferirte Erbſchaft.

§. 896.

Die Delation einer Erbſchaft giebt in manchen Fällen noch vor dem wirklichen Erwerb derſelben ein proviſoriſches Recht auf Beſitz und Benutzung des Nachlaſſes, welches nach römiſchem Recht als eine Art der bonorum possessio decretalis [a]), eigentlich eine Art der missio in bona [b]), behandelt wird. Dahin gehört 1) der Fall, wenn einem furiosus die Erbſchaft deferirt worden iſt; wo der Vormund in den Beſitz der Erbſchaft geſetzt wird, bis von Seiten des furiosus ſelbſt oder deſſen Erben, eine gültige Erklärung über Antritt oder Ausſchlagung der Erbſchaft erfolgen kann [c]). Dieſer Fall kommt nach neuerm, insbeſondere ſächſiſchem Recht nicht mehr vor, da von dem Vormund, allenfalls nach vorher ertheiltem richterlichen Decret, eine verbindliche Erklärung über Antritt oder Ausſchlagung der Erbſchaft abgegeben werden kann [d]).

a) Daß außerdem noch in mehrern andern Fällen bonorum possessio decretalis ertheilt wurde, ſ. v. Löhr in deſſen Magazin II. S. 437. Mühlenbruch doctr. pand. §. 621.; vgl. auch Koch bonor. poss. §. 7. und dazu Glück Inteſt.-Erbfolge. §. 89.

b) Mühlenbruch l. l.; ingl. §. 156. 157.

c) l. 7. C. de cur. fur.; vgl. §. 885. not. k.
d) Schweppe §. 845.

§. 897.

Daſſelbe tritt außerdem ein 2) ventris nomine [a]), wenn der Erblaſſer eine Ehefrau hinterläßt, welche von dem Verſtorbenen ſchwanger zu ſeyn behauptet [b]); in welchem Fall auch ein curator ventris beſtellt wird [c]), und die Witwe bis zu der Zeit der Entbindung, oder bis ſich ergiebt, daß keine Schwangerſchaft vorhanden ſey [cc]), Alimente aus dem Nachlaß erhält [d]); welche nur dann reſtituirt werden, wenn ſich ſpäter ergeben ſollte, daß die Witwe in betrüglicher Abſicht, ohne wirklich ſchwanger zu ſeyn (calumniae caussa) den Beſitz des Nachlaſſes zu erlangen gewußt habe [e]). Dies hindert indeß nicht, die, welche neben dem nasciturus zur Erbfolge berechtigt ſind, zum Antritt der Erbſchaft zu laſſen [f]), ſo daß bloß die Theilung des Nachlaſſes aufgeſchoben, oder doch proviſoriſch mit Abſonderung eines Erbtheils für die nascituros [g]), der, wenn keine Entbindung von einer ſucceſſionsfähigen Geburt erfolgt, jenen zuwächſt [h]), veranſtaltet werde. Auch die, welche zur Succeſſion gelangen würden, wenn keine ſolche Geburt erfolgte, haben wenigſtens den Anſpruch in den Mitbeſitz des Nachlaſſes geſetzt zu werden [i]). Daß alles dies noch h. z. T. Statt finde, läßt ſich nicht bezweifeln [k]).

a) Vgl. tit. Dig. de ventre in poss. mitt. (XXXVII. 9.); vgl. Förster. de bon. poss. liberor. praeteritor. contra tabulas parent. §. 46—52., welcher jedoch bezweifelt, daß die missio in bona ventris nomine als bon. poss. decretalis anzuſehen ſey. Schweppe §. 843.

b) Vorauszuſetzen iſt außer dem Daſeyn der Schwangerſchaft eine beſtandene eheliche Verbindung mit dem Verſtorbenen, geſetzt auch, daß dieſe vor dem Tode des Ehemanns durch Scheidung getrennt worden wäre. Daher die Möglichkeit, daß nach dem Tode des Erblaſſers zwei Frauen auf missio in bona ventris nomine Anſpruch machen können, l. 1. §. 1. 10. 16. D. de ventre in poss. mitt. Vorausgeſetzt wird ferner, daß angenommen werden könne, es ſey die hinterbliebene Ehefrau von dem Verſtorbenen ſchwanger, obwohl ein Streit, welcher darüber entſteht, bis zu der Zeit der Entbindung, und wenn das geborne Kind am Leben bleibt, bis zu

deſſen Volljährigkeit auszuſetzen iſt, l. 7. §. 1. l. 8. h.; vgl. den folg. §. Was außerdem daſelbſt von dem Succeſſionsrecht des nasciturus, namentlich über den Fall, wenn derſelbe in dem Teſtament des Vaters enterbt worden ſeyn ſollte, geſagt wird, l. 1. §. 2—9. 11. 13. l. 7. 10., womit zu vergleichen Förſter l. l. §. 49., iſt h. z. T. nicht mehr von praktiſcher Bedeutung, da jeder nasciturus, der vollkommen und lebensfähig zur Welt kommt, zur Succeſſion berechtigt iſt und nicht enterbt werden kann; vgl. §. 841. not. a. §. 706. not. a.

c) Vgl. Handb. I. §. 377. 378. Excurſe I. S. 360.

cc) Vgl. §. 379.

d) Vgl. §. 378. Die Alimente, unter welchen auch habitatio begriffen iſt, l. 4. h., ſind nach den Kräften des Nachlaſſes und dem Stand des Vaters zu beſtimmen, gleichviel, ob die geweſene Ehefrau eignes Vermögen hat oder nicht, l. 1. §. 17. l. 3. 5. 9. ib.

e) l. 1. §. 28. b. l. 1. §. 2. D. si mulier ventr. nom. in poss. calumn. causs.

f) l. 5. D. si par. hered. rel. l. 30. §. 1. 6. D. de acqu. vel om. her. Förſter l. l. §. 46. 47. Dahin gehört nach heutigem Recht die Schwangere wegen des ihr zuſtändigen Erbrechts ſelbſt.

g) Man nimmt hierbei die Möglichkeit an, daß ſogenannte Drillinge geboren werden können, l. 3. D. si pars hered. l. 7. pr. D. de reb. dub. l. 28. §. 5. D. de jud.; vgl. Trip de parte ventris hered. in Oelrichs thes. I. 2. n. 9. In Sachſen iſt nach der V.O. XXV. 12. die Theilung auszuſetzen.

h) a. l. 30. D. de acqu. vel om. her. l. 5. D. si pars her.; vgl. Handb. I. §. 53. Nach ſächſ. Recht kann freilich die Frage aufgeworfen werden, ob nicht in dem Fall, wenn teſtamentariſche Erbfolge vorliegt, und der neben dem nasciturus eingeſetzte Erbe nicht zugleich nächſter Inteſtaterbe iſt, der Antheil des nasciturus an die Inteſtaterben falle? Dieſelbe Frage kann aufgeworfen werden, wenn in dem Teſtament des Ehemanns die Ehefrau und die mit ihr künftig zu erzeugenden Kinder eingeſetzt, nachher aber keine Kinder geboren worden, oder die Gebornen vor Delation der Erbſchaft wieder verſtorben ſind. In der That ſcheint dieſe Frage kaum anders als bejahend beantwortet werden zu können, wenn man nicht namentlich in dem letztern Fall nach §. 7. des Erbgeſ. eine entgegengeſetzte Abſicht des Teſtirers annehmen darf. Wäre der nasciturus in dem Teſtament übergangen, ſo treten die §. 728. namentlich not. e. angegebenen Beſtimmungen ein.

i) l. 7. §. 2.; vgl. §. 378. Förſter l. l. §. 46. n. 1. 2. Die nächſte Folge iſt bei der geſetzlichen Erbfolge, daß die successio graduum vel ordinum einſtweilen ſuspendirt bleibt. Förſter l. l. §. 52.

k) Struck us. mod. XXXVII. 9. §. 2. succ. ab int. IX. 7. §. 10. sqq. BD. XXV. 11. sqq.; vgl. einen hierher gehörigen Rechtsfall im J. W. VII. 56. Daß nach heutigem ſächſ. Recht die Ehefrau neben ihren Kindern erbt, giebt noch keinen ausreichenden Grund ab, eine Aenderung in Anſehung dieſer Beſtimmungen anzunehmen.

§. 898.

Etwas Aehnliches iſt 3) in der bonor. possessio ex edicto Carboniano enthalten [a]). Wenn nämlich einem während einer geſetzlichen Ehe erzeugten impubes [b]) ſeine Legitimität ſtreitig gemacht wird, und die Entſcheidung für oder wider denſelben nicht klar vorliegt [c]), ſo ſoll der definitiven Erörterung des Streits bis zu eingetretener Pubertät des Pupillen Anſtand gegeben [d]), und wenn hierbei das Succeſſionsrecht des Pupillen in die Verlaſſenſchaft des Vaters oder väterlichen Großvaters in Frage kommt [e]), auf welche der Pupill Anſpruch zu machen hatte [f]), auch nicht etwa eine teſtamentariſche Verfügung zu Gunſten des Pupillen oder in derſelben eine zu Recht beſtändige Enterbung vorliegt [g]), dem Pupill nach vorheriger ſummariſcher Unterſuchung [h]) missio in bona des Verſtorbenen ertheilt werden [i]). Der Gegner des Pupillen [k]) iſt hierbei durch Caution ſicher zu ſtellen, in deren Ermangelung derſelbe zugleich die missio in bona empfängt [l]) oder ein curator hereditatis beſtellt wird [m]). Durch dieſe Verfügung erhält der Pupillus zwar nicht eigentliches Erbrecht [n]), nicht einmal den vollſtändigen Civilbeſitz [o]), wohl aber Detention [p]) und das Recht auf alimenta civilia bis zur Zeit der eingetretenen Pubertät, die er ſelbſt dann nicht zu reſtituiren braucht, wenn in der Hauptſache gegen ihn entſchieden werden ſollte [q]). Nach eingetretener Pubertät erfolgt die Erörterung der quaestio status, bei welcher der Pupill als Beklagter betrachtet wird [r]), und es hängt von dem Ausgange des Streits ab, ob der Pupill allen Anſpruch verliert, oder ſein proviſoriſches Recht in ein wirkliches Erbrecht verwandelt werden ſoll. Auch dieſe Beſtimmungen müſſen noch h. z. T. als gültig angeſehen werden [s]).

a) tit. D. de Carbon. ed. XXXVII. 10. cod. VI. 17.; vgl. Excurſe I. S. 362. ff. Förſter l. l. §. 33—45. Schweppe §. 844.

Durch das römiſche Recht werden puberes von dieſer Begünſtigung ausdrücklich ausgeſchloſſen, l. 1. pr. l. 3. §. 3. de Carb. ed. Was h. z. T. in dieſer Hinſicht Rechtens ſey, davon unten ſ. not. s. Sonſt wird kein Unterſchied in Anſehung des Geſchlechts gemacht, l. 1. §. 2. ib.

b) l. 2. C. de ed. Carbon. Brautkinder können alſo auf dieſe Begünſtigung, die offenbar eine Folge des Satzes iſt: pater est, quem justae nuptiae demonstraut, nicht Anſpruch machen. J. H. Böhmer consult. et decis. III. 3. §. 623. 624. Von Anwendung des edict. Carbon. auf den Fall einer beſtrittenen adoptio, ſ. l. 7. pr. b. Von legitimirten Kindern (natürlich ſolchen, welche durch die Legitimation auch Succeſſionsrechte erhalten haben, §. 842.) iſt freilich in den Pandecten nicht die Rede; doch ſcheint in Anſehung derſelben das Nämliche zu gelten, was d. l. 7. über Adoption ſagt. Nur ſcheint in beiden Fällen, um eine proviſoriſche Verfügung, wie die hier in Frage kommende, zu rechtfertigen, erforderlich, daß die Entſcheidung über das Succeſſionsrecht auf ungewiſſen factiſchen Umſtänden beruhe. Uebrigens iſt, was die vor der Ehe gebornen Kinder anlangt, jeden Falls auch erforderlich, daß dieſe Kinder von den nachmaligen Ehegatten als die ihrigen anerkannt worden ſeyen, wenn man ſie in Beziehung auf edict. Carbon. den während der Ehe gebornen gleichſtellen will. Fehlt dies, iſt vielleicht ſogar das Kind auf einen andern Vater getauft, ſo ſcheint daſſelbe ed. Carbon. kaum in Anſpruch genommen werden zu können.

c) l. 3. §. 4. 5. D. h.; vgl. Excurſe S. 363.

d) l. 1. pr. l. 3. §. 2. D. h. l. 27. pr. D. de lib. c. Der oſtenſible Grund iſt: quod metus esse possit, ne idonee pupillus defendatur; l. 20. D. de inoff. test. l. 3. §. 5. 11. D. de Carb. ed. Man ſieht aber freilich nicht recht, wie der pupillus nach erlangter Pubertät im Stande ſeyn werde, die defensio ſeiner Gerechtſame mit günſtigerm Erfolg vorzunehmen, wenn man nicht überhaupt die Bemerkung für genügend hält, daß jede Rechtsſache durch den unmittelbar Betheiligten beſſer geführt werde, als von einem andern. Der eigentliche Hauptzweck ſcheint der zu ſeyn, dem Pupillen Alimente bis zu der Pubertät zu ſichern; und um das Mittel zu dieſem Zweck zu rechtfertigen, reicht der Satz: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, allerdings hin.

e) l. 1. pr. §. 3. l. 11. D. de ed. Carbon. edict. Förſter §. 35. n. 3. Daß jedoch, auch wenn von Legaten und Fideicommiſſen die Rede iſt, das edict. angewendet worden ſey, ſ. l. 3. §. 1. 4.

f) l. 1. §. 3. l. 3. pr. D. h. Förſter §. 34. n. 2. Excurſe S. 364.

g) l. 1. §. 4. 8. 9. l. 3. pr. l. 7. §. 6. l. 9. §. 11. D. h. För-

ſter l. l. Denn in dieſem Fall kann nomine des Pupillen ſofort angetreten werden.

h) l. 1. pr. l. 3. §. 4. 5. D. h.

i) l. 1. pr. l. 3. §. 13. h.

k) Wer dafür gelte, ſ. l. 1. §. 4—7. D. h. Förſter §. 35. n. 4. Es kommt nichts darauf an, wer die Stelle des Klägers oder des Beklagten einnehme; ob der Pupill oder ſein Gegner, l. 3. §. 9. D. h.

l) l. 1. §. 1. l. 5. §. 3. 5. D. h. Förſter §. 43. Die, welche neben dem Pupill Erbrecht haben, ſind jeden Falls zugleich in den Beſitz zu ſetzen und können auch zu ihrem Erbtheil antreten, l. 5. pr. §. 1. l. 7. §. 8. D. h.

m) l. 5. §. 2. D. h.; vgl. Förſter §. 41.

n) Vgl. l. 3. §. 13. 15. 16. l. 4. D. l. 1. C. h. Förſter §. 37. 44. 45., der auch hier keine eigentliche bonor. possessio decretalis, ſondern eine Art der missio in bona annimmt.

o) Förſter l. l. §. 38.

p) Förſter l. l. §. 38. 39. Nur als detentor hat der Pupill remedia possessoria; vgl. l. 4. D. h. Förſter §. 40.

q) l. 5. §. 3. l. 6. §. 4. 5. D. h. Förſter §. 42. Daher auch alimentorum caussa eine Veräußerung von Erbſchaftsſachen Statt finden kann.

r) l. 6. §. 6. l. 14. l. 9. D. h. Förſter §. 42. Vorausgeſetzt aber wird, daß der Pupill ausſchließlich Detentor geweſen ſey, mithin Caution geleiſtet habe, oder dieſe annoch zu leiſten ſich erbiete.

s) Vgl. Excurſe S. 367. Stryck us. mod. XXXVII. 10. §. 2. succ. ab int. XI. 7. §. 19. Proceſſe, deren Gegenſtand quaestio filiationis iſt, gehören zu den ſeltnern, daher auch von dem ed. Carbon. h. z. T. faſt gar nicht mehr die Rede iſt. Wo aber ein ſolcher Rechtsſtreit vorkommt, würde ein Vormund die Rechte ſeines Pupillen ſchlecht wahrnehmen, wenn er unterließe, da, wo er kann, von dem ed. Carbonianum Gebrauch zu machen. Indeß könnte er hierbei auch auf der andern Seite eine Nachläſſigkeit ſich zu Schulden kommen laſſen, wenn er nämlich unterließe, den Gebrauch der bereits vorhandenen Beweismittel dem Pupillen zu ſichern. Er wird daher auf eine probatio in perpetuam rei memoriam Bedacht nehmen müſſen. Uebrigens würde auch ein während der impubertas des Pupillen anhängig gewordener Rechtsſtreit über die quaestio filiationis, dann, wenn es auf einen von dem Pupill zu leiſtenden Eid ankommt, bis zu der Eidesmündigkeit des letztern auszuſetzen ſeyn; vgl. Handb. I. §. 342. Die Hauptfrage iſt indeß, ob das, was im röm. Recht in dieſem Verhältniß zu Gunſten der impuberes angeordnet worden iſt, h. z. T. ohne Weiteres auf alle Unmündige angewendet werden könne? Dies iſt im Allge-

meinen zu verneinen; vgl. Excurſe S. 368. Und dies gilt ſelbſt für Sachſen, obſchon hier die V.O. III. den Unterſchied zwiſchen impuberes und minores aufgehoben und letztere den erſtern nicht bloß in Anſehung der Bevormundung, ſondern auch ſonſt gleichgeſtellt hat. Denn ein jus singulare der impuberes, das, wie das hier vorliegende, ſo beträchtlich in jura tertii eingreift, kann nicht durch Interpretation erweitert werden. Jeden Falls gebühren dem Pupill die Alimente nur bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem er ſein Brod ſelbſt zu verdienen im Stande iſt, alſo bis zu dem 14., höchſtens 18. Jahr, d. h. dem Zeitpunkt der vollen Pubertät. Hört aber mit dieſem Zeitpunkt der Anſpruch auf Alimente auf, ſo kann auch dem Pupill nicht daran liegen, die definitive Erörterung des Streits weiter hinausgeſchoben zu ſehen.

E. Von dem Dreißigſten.

§. 899.

Die nächſten dreißig Tage, welche von dem Tage des Todes eines Erblaſſers verfließen, bilden nach den deutſchen Rechtsbüchern [a]) eine Friſt [b]), während welcher der Erbe von den Gläubigern des Verſtorbenen oder des Nachlaſſes nicht beunruhigt werden ſoll [c]). Außerdem wird aber auch während dieſer Friſt in mehrfacher Hinſicht der Verſtorbene noch als lebend, und die hereditas jacens als den Verſtorbenen repräſentirend betrachtet [d]). Der Ablauf des letzten Tags dieſer Friſt, des Dreißigſten, iſt daher zugleich der Anfangspunkt für die Ausübung von Rechten und Pflichten, die während jener Friſt ruht. Es ſoll nämlich 1) das Geſinde des Verſtorbenen bis zu dem dreißigſten behalten und verlohnt werden [e]); 2) insbeſondere bei dem Tode eines Ehemanns, deſſen Witwe in den Gütern des Ehemanns bis zu demſelben Tage ungeſtört bleiben, und die Wirthſchaft fortführen [f]); wie denn auch 3) dasjenige, was die Witwe ehedem an Gerade, Morgengabe und Mußtheil aus der Verlaſſenſchaft des Ehemanns zu erhalten hatte, nach dem am 30ſten vorhandenen Betrag beſtimmt ward [g]). Hiernächſt wird 4) in Fällen, in denen separatio feudi ab allodio nöthig iſt, oder der Verſtorbene den Nießbrauch eines Grundſtücks gehabt hat, die Theilung der fructus mere naturales, ingleichen der ſogenannten fructus civiles mit

Berückſichtigung des Dreißigſten bewirkt [h]). Ferner iſt der Dreißigſte als der Tag beſtimmt worden, nach deſſen Ablauf 5) die Nutzungen und Zinſen der Vermächtniſſe in der Regel gewährt werden müſſen [i]), und 6) die Verjährung in Anſehung von Rechten und Verpflichtungen, welche mit dem Tode des Erblaſſers wirkſam werden, zu laufen beginnt [k]). Bis zu denſelben kann endlich 7) die Publication des von dem Erblaſſer hinterlaſſenen Teſtaments ausgeſetzt bleiben [l]). Indeſſen iſt gleichwohl auch während dieſer Friſt der Erbe berechtigt von dem Nachlaß Beſitz zu ergreifen [m]). Auch iſt nicht zu bezweifeln, daß auf die Vortheile, welche der dies tricesimus gewährt, von dem Betheiligten verzichtet, und die Beobachtung dieſer Friſt von dem Teſtirer ausgeſchloſſen werden könne [n]). In jedem Fall iſt es geſtattet, auch während derſelben in Bezug auf die Erbſchaft Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufſchub leiden [o]).

a) Sachſenſp. I. 20. 22. 23. III. 15. Schwabenſp. c. 261. Jus Lubecense II. 2. Art. 27. C. H. Horn de die tricesimo. Viteb. 1695. J. C. K. Schröter verm. juriſt. Abh. Halle 1783. 1. Bd. S. 379. Haubold Handb. §. 346.

b) Es iſt nicht unwahrſcheinlich, daß dieſe 30 Tage anzuſehen ſind als der Zeitraum eines Monats, den auch die ältern ſächſ. Rechtslehrer im Durchſchnitt zu 30 Tagen annahmen; vgl. Rauchbar. quaest. jur. civ. et Sax. II. 26. Die Friſt läuft mit dem Todestag ohne Unterbrechung bis zu dem 30ſten Tag, welcher voll gerechnet wird; vgl. Horn §. 15. Nach letzterm, ingleichen Mävius ad Jus Lub. n. 56. Schröter S. 379. ſoll die Friſt a momento scientiae laufen. Allein dies iſt ſchlechterdings unerweislich und mit der Idee, daß während dieſer Friſt defunctus adhuc vivere intelligitur unvereinbar.

c) Vgl. Gl. zu dem Sachſenſp. I. 22. Carpzov p. III. c. 14. def. 14. 15. Horn §. 34. sqq. Etwas Aehnliches war nach römiſchem Recht die neuntägige Friſt, von welcher in N. 115. c. 5. Auth. sed neque C. de sepulchro viol. die Rede iſt; vgl. Marezoll in Löhrs Magaz. IV. 11. n. 8.

d) Vgl. die Conſtit. zu c. 32. p. III. in tom. I. 2. qu. 24. II. 2. qu. 10. bei Frider. Mindan III. qu. 106. Leyſer sp. 370. med. 1. Hommel obs. 1. Hommel Pertinenz-Reg. §. 26. Kind I. qu. 56. S. 401.

e) Sachſenſp. I. 22. Die Neue Geſinde-Ordn. v. J. 1835. (GS. n. 10.) ſagt §. 77—80. nichts davon.

f) Sachſenſp. I. 20. 22. Leyſer sp. 95. m. 10. Iſt die Witwe ſchwanger und zeigt ſie dies bis zu dem 30ſten an, ſo bleibt ſie in dem Mitbeſitz. Sachſenſp. I. 33.

g) Sachſenſp. I. 20. III. 15. Weichbild art. 24.

h) c. 32. p. III., dazu Carpzov def. 8. 23. Zachariä ſächſ. Lehnr. §. 218. Haubold Handb. §. 183. Kind I. 16. 56.

i) S. oben §. 782. 783.

k) Vgl. Mand. v. 13. Novbr. 1779. §. 1. n. 1. C. A. C. II. 1. S. 369. Generale v. 14. Decbr. 1801. (C. A. C. III. 1. S. 195.) §. 9.

l) Mand. v. 30. Oct. 1826. (GS. n. 40.) §. 5.

m) Sachſenſp. I. 22.

n) Vgl. Horn diss. l. §. 40. 50.

o) Leyſer sp. 370. m. 1. 2.

F. Von der mortis caussa capio *).

§. 900.

Jeder Erwerb, zu welchem der Tod eines Individuums Anlaß giebt, kann mit dem Namen mortis caussa capio bezeichnet werden [a]). Allein nach dem juriſtiſchen Sprachgebrauch verſteht man unter dieſem Ausdruck einen Erwerb, den man in Beziehung auf die Verlaſſenſchaft des Verſtorbenen macht. Beruht dieſer Erwerb auf dem Willen des Verſtorbenen, ſo gehören im weitern Sinne alle die acquisitiones m. c., von denen bisher die Rede geweſen iſt, mit Einſchluß der donationes m. c. und der durch den Tod des Schenkers beſtätigten Schenkungen unter Ehegatten hierher [b]); in einem engern Sinn aber nur ſolche Erwerbungen, welche zu den vorerwähnten nicht gerechnet werden können [c]). Außerdem wird aber auch das als mortis caussa capio angeſehen, was man in Beziehung auf eine beſtimmte Verlaſſenſchaft von einem Dritten empfängt [d]). Ob das, was auf dieſe Weiſe gegeben wird, Geld oder etwas Anderes ſey, iſt gleichgültig [e]).

*) J. F. Löffler de mortis c. capionibus. L. 1751. Roßhirt Lehre von Vermächtniſſen. I. 2. §. 1. S. 74.

a) Beiſpiel, ſ. l. 12. 18. D. de m. c. don.; vgl. Löffler diss. l. §. 8—10.

b) l. 8. pr. l. 31. pr. D. de m. c. don. Handb. I. §. 130.

c) l. 31. pr. D. de m. c. don. Dergleichen Erwerbungen als Schenkungen zu betrachten, wie auch Löffler diss. l. l. thut, iſt jeden Falls unſtatthaft.

d) d. l. 31. pr. §. 2.

e) Löffler diss. l. §. 25.

§. 901.

Als eine im engern Sinne ſogenannte m. c. capio iſt anzuſehen 1) dasjenige, was in Gemäßheit des letzten Willens ein in demſelben Bedachter einem Andern zu gewähren hat[a]). Vorausgeſetzt wird, daß das, was zu gewähren iſt, nicht einen Theil des Nachlaſſes ausmache[b]). Insbeſondere iſt aber zu bemerken: A) die Abſicht, welche der Teſtirer mit einem ſolchen Geben verbunden hat. α) Der Erblaſſer ſchrieb dies Geben als Bedingung vor, unter welcher ein Honorirter bedacht worden iſt. In dieſem Fall hat der, welchem gegeben werden ſoll, kein Klagrecht gegen den Honorirten[c]), und dies ſelbſt dann nicht, wenn der Letztere das ihm Zugedachte ohne die vorgeſchriebene Bedingung zu erfüllen, erlangt hätte[d]); β) das Geben war als simplex praeceptum vorgeſchrieben. Hier ſcheint der, welchem gegeben werden ſoll, ſelbſt wenn er nicht als Legatar bezeichnet worden ſeyn ſollte, gegen den Honoratus, der des ihm in dem letzten Willen beſchiedenen Vortheils theilhaftig geworden iſt, ein Klagrecht auf Gewährung zu haben[e]). B) Die Perſon, welcher gegeben wird. Dies kann ſowohl ein in dem letzten Willen Bedachter, als auch ein Andrer ſeyn. Iſt das Erſtere der Fall, und der, welchem gegeben werden ſoll, der Erbe, ſo hat er das als mortis c. capio Empfangene nicht in die qu. Falcidia einzurechnen[f]). In dem letztern Fall kommt es zwar nicht darauf an, ob der, welchem gegeben werden ſoll, jus capiendi ex ultima voluntate habe[g]), wohl aber kann er des ihm Beſchiedenen verluſtig werden, wenn er deſſelben ſich unwürdig macht[h]). 2) Dasjenige, was ein Dritter gewährt für den Fall, daß ein in dem letzten Willen Bedachter das ihm Zugedachte annehme oder ausſchlage[i]). Das Verſprechen einer ſolchen

Gewährung iſt wenigſtens nach heutigem Recht[k]) als ein vertragsmäßiges zu Recht beſtändig, dergeſtalt, daß dem, welcher die Zuſage erhalten und die Bedingung derſelben erfüllt hat, ein Klagrecht auf Gewährung des Verſprochenen zuſteht[l]); während auf der andern Seite der Geber das Gegebene zurückzufordern berechtigt iſt, wenn die Bedingung, unter welcher gegeben ward, nicht erfüllt worden ſeyn ſollte[m]).

a) l. 3. §. 7. 9. D. de cond. c. dat. l. 31. §. 2. D. de m. c. don.

b) Roßhirt a. a. O. S. 75. Außerdem müßte doch wohl ein Vermächtniß angenommen werden, von dem auch qu. Falcidia abzuziehen iſt, l. 44. D. l. 18. C. ad l. Falc.; vgl. l. 1. §. 8. D. ad l. Falc.

c) d. l. 31. §. 2. l. 36. 38. D. de m. c. don. l. 55. D. de C. et D. Der Honorirte iſt bloß indirect zu dem vorgeſchriebenen Geben gehalten; d. l. 55. Daß er aber auch ein Recht habe, das Gegebene durch die cond. ob caussam datorum zurückzufordern, ſ. l. 1. §. 1. D. de cond. ob caussam datorum.

d) l. 8. D. si quis omissa c. test.

e) Von einem ſolchen Fall handelt l. 3. §. 9. D. de cond. c. dat.; vgl. auch oben §. 777. Löffler §. 17. 29. ff.

f) Vgl. §. 789. 802. Löffler §. 34. 35., der indeß, was qu. Trebell. anlangt, §. 36. a. M. iſt. Daß das auf dieſe Weiſe Empfangene noch viel weniger in den Pflichttheil einzurechnen ſey, ſ. denſ. §. 34.

g) l. 55. D. de C. et D.

h) l. 5. §. 18. D. de his, quae ut ind. Ob dieſe Beſtimmung in Sachſen nach Erbg. §. 105. j. 110. noch Gültigkeit habe, kann allerdings bezweifelt werden.

i) l. 8. 31. §. 2. D. de m. c. don.

k) Nach römiſchem Recht würde es wenigſtens inſofern ungültig ſeyn, als ein unerlaubtes pactum de hereditate tertii vorläge; vgl. §. 830.

l) Vgl. §. 830. 831.

m) l. 1. pr. D. de cond. c. dat.

G. Von der regula Catoniana.

§. 902.

Die Regel: quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit[a]), die wenigſtens bei allen Rechtsgeſchäften, für welche die Beobachtung einer gewiſſen Form

vorgeſchrieben war, in dem Fall der nicht erfolgten Beobachtung dieſer Form eintrat [b]), iſt ohne Zweifel auch auf letztwillige Verfügungen anwendbar [c]). Indeſſen findet ſich in Beziehung auf dergleichen Verfügungen in dem römiſchen Recht unter dem Namen der regula Catoniana eine beſondere Regel, welche, allgemein gefaßt, dahin lautet: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id quandocunque decesserit, non valere [d]); und hiermit wird das in der allgemeinen Regel etwas unbeſtimmt gebliebene initium näher beſtimmt [e]).

a) l. 29. D. de R. I. Eine diss. von N. G. Wyckerheld Bisdom ad reg. jur. quod ab initio vitios. etc. Lugduni Batav. 1801. kenne ich bloß aus Schulting. not. ad Pand. XXXIV. 7.

b) Vgl. Averan interpr. IV. 12. Müller im Arch. f. civ. Pr. XIV. 13. §. 46. S. 279. Mühlenbruch doctr. pand. I. §. 113. 114. Was Rechtsgeſchäfte, die an keine beſtimmte Form gebunden ſind, anlangt, ſo kann ein ſolches durch Nachholung des Mangelnden, oder Entfernung des Entgegenſtehenden beſtätigt werden; wenigſtens iſt es dann nur eine quaestio voluntatis, welche zu beantworten bleibt.

c) l. 201. 210. D. de R. I.

d) l. 1. pr. D. de reg. Caton. l. 41. §. 2. D. de leg. 1. l. 86. D. de C. et D. §. 32. I. de legat. und dazu die Paraphraſe des Theophilus; vgl. J. Balduin comm. ad reg. Caton. Basil. 1557. und in Heineccii Jurispr. rom. et att. I. p. 418. J. Strauch de reg. Caton. Jen. 1674. Beide Schriften zuſammen herausg. von Hamberger. Jen. 1715. G. Majans. de reg. Caton. in diss. II. 43. M. G. Pauli de reg. Caton. Viteb. 1769. E. L. Harnier de reg. Caton. Heidelb. 1820. v. Löhr Magazin III. 7. v. Schröder obs. jur. civ. n. 6. Roßhirt im Arch. für civ. Pr. X. 13. S. 328. und Lehre von Vermächtn. I. 4. 3. §. 22. S. 413. ff. Guyet Abhandl. aus dem Civilrecht. Heidelb. 1829. n. 5. Müller im Arch. f. civil. Pr. XIV. 13. Arndts im rhein. Muſ. V. 9. S. 204.

e) Roßhirt im Arch. §. 1. Vermächtn. S. 415. Harnier diss. l. §. 6—9.

§. 903.

Die regula Catoniana findet nach den ausdrücklichen Worten der hierher gehörigen Geſetze nur auf Legate [a]), nicht auf Erbeinſetzungen [b]) Anwendung; und ſelbſt in An-

ſehung der Legate gilt ſie nur für Legate, deren dies cedens mit dem Augenblick des Todes des Teſtirers zuſammenfällt[c]). Auch auf donationes mortis caussa, bei welchen nicht die Zeit der erfolgten Schenkung, ſondern die Zeit des Todes entſcheidend war[d]), ſcheint dieſelbe nicht anwendbar geweſen zu ſeyn.

a) d. l. 1. pr. D. de reg. Cat.

b) l. 3. D. de reg. Cat. Der Grund, aus welchem reg. Catoniana zwar auf Legate, aber nicht auch auf Erbeinſetzungen Anwendung leiden ſoll, iſt von den verſchiedenen Rechtslehrern verſchieden angegeben worden. Man vergl. die §. 902. not. d. angeführten Schriftſteller. Nach Roßhirt ſoll urſprünglich die Gültigkeit bei Singularſucceſſionen m. caussa (vgl. not. d. und was Fideic. betrifft, den folg. §.) nach der Zeit des Todes des Erblaſſers beurtheilt, in Anſehung der Legate aber durch die reg. Catoniana eine Ausnahme feſtgeſetzt worden ſeyn, weil dieſe bis zu der Zeit des Todes unbekannt blieben und daher bei einem vorhandenen, aber vor dem Tode des Erblaſſers wieder gehobenen Umſtand, welcher Ungültigkeit derſelben herbeiführte, die Veranlaſſung zu einer quaestio de voluntate gegeben werden konnte, ob es des Erblaſſers Abſicht geweſen ſey, das Legat beſtehen zu laſſen. Solche quaestiones facti abzuſchneiden, ſey der Zweck der reg. Catóniana geweſen. Vgl. gegen dieſe Anſicht Guyet a. a. O. S. 107. und gegen dieſen wieder die Bemerkungen von Arndts a. a. O. §. 5. Nach Andern iſt die reg. Catoniana an ſich nichts Singulares, ſondern die §. 902. erwähnte allgemeine Regel, jedoch mit der Beſchränkung auf legata pure relicta ausgeſprochen; und dieſe ſo beſchränkte Regel ſoll bei Erbeinſetzungen nach §. 4. I. de hered. qual. et diff. l. 49. §. 1. l. 59. §. 4. D. de her. inst. (womit jedoch l. 62. pr. ib. zu vergleichen) nicht Statt finden, vgl. Müller a. a. O. §. 4. ff. Die ältern Rechtslehrer nahmen unbedenklich an, daß die reg. Caton. wie bei Legaten, ſo auch bei Erbeinſetzungen gelte, und ſuchten entweder durch Emendation, wie Cujac. IV. obs. 4. J. Gothofred. ad l. 210. D. de R. I., oder durch Interpretation, indem ſie die angef. l. 3. aus der folgenden l. 4. restrictive erklärten, nachzuhelfen; vgl. Pauli diss. l.

c) Alſo nicht für legata conditionata, d. l. 3. 4. D. de re Caton. l. 41. §. 2. D. de leg. 1. l. 86. D. de C. et D. Die l. 1. §. 1. 2. D. de reg. Cat., welche die ältern Rechtslehrer, wie Pauli l. l. §. 5. hierher beziehen, enthalten eigentlich andre Fälle; vgl. Arndts a. a. O. §. 1. S. 207. Ebenfalls gilt reg. Caton. nicht für Legate, quorum dies cedit ab adita hereditate l. 2. 9. D. quando dies leg. ced. l. un. §. 2. D. quando dies ususfruct.

Daß dieſelbe auch gegen leges novae, d. h. Jul. et Pap. Popp. de caducis nicht angewendet werden konnte, l. 5. D. de reg. Cat.; vgl. Cujac. IV. 4. Harnier §. 11. Guyet S. 116.

d) l. 22. D. de m. c. don. Roßhirt im Arch. §. 2. und Vermächtniſſe S. 415.

§. 904.

Ob die regula Catoniana auch auf Fideicommiſſe angewendet worden ſey, darüber giebt es ebenfalls verſchiedene Anſichten der Rechtslehrer [a]). Noch mehr iſt aber namentlich unter den neuern Rechtslehrern die Frage beſtritten: ob nach der durch Juſtinian ausgeſprochenen Gleichſtellung der Legate und Particularfideicommiſſe [b]) die reg. Catoniana überhaupt noch praktiſche Bedeutung habe; wiewohl die Gründe für die bejahende Beantwortung dieſer Frage die richtigeren zu ſeyn ſcheinen [c]).

a) Verneint wird dieſe Frage von Roßhirt a. a. O. Guyet a. a. O. S. 113., bejahet von Harnier diss. l. Arndts §. 6. Müller §. 5. 7., jedoch von letztern mit Beſchränkung auf Fideicommiſſe, die in einem förmlichen letzten Willen hinterlaſſen werden, wie auch Thibaut §. 959. anzunehmen ſcheint.

b) Vgl. oben §. 795.

c) Verneint wird dies von Löhr im Magazin III. 7. Thibaut §. 959. Schweppe §. 882. Guyet S. 129. Der entgegengeſetzten Meinung ſind Roßhirt a. a. O. Arndts §. 6. Müller §. 11. Mühlenbruch §. 766.

Vierter Abſchnitt.

Von der Erwerbung der Erbſchaft.

§. 905.

Zur Erwerbung einer Erbſchaft iſt der bloße Anfall derſelben noch keinesweges hinreichend. Dieſe iſt vielmehr, da ein Erbe nicht nur in alle Rechte, ſondern auch in alle Verbindlichkeiten ſeines Erblaſſers eintreten ſoll, von der Erklärung abhängig, welche der, dem die Erbſchaft deferirt worden iſt, darüber, ob er von ſeinem Rechte Gebrauch machen und Erbe ſeyn wolle oder nicht, abgeben muß [a]). Erklärt er ſich, die Erbſchaft anzunehmen, ſo nennt man ſolches

die Antretung derſelben (hereditatis aditio)[b]); erklärt er das Gegentheil, ſo wird es die Losſagung von der Erbſchaft genannt.

a) Vgl. §. 885. Doch leidet ſolches eine Ausnahme 1) in Anſehung der Kinder des Erblaſſers, welche ſich zur Zeit ſeines Todes noch in deſſen väterlicher Gewalt befanden; dieſe ſind ipso jure deſſen Erben, ohne daß es deshalb einer beſondern Erklärung bedarf, §. 3. I. de hered., quae ab int. defer. l. 14. D. de suis et legitim. hered. l. 3. C. de jure deliber.; vgl. Weſtphal in der not. b. angeführten Schrift §. 68. 76. Schweppe §. 856. Mühlenbruch doctr. pand. §. 693. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLII. §. 1487. Daß dies nach neuerm ſächſ. Recht Erbg. §. 124. anders ſich verhalte, ward ſchon mehrmals und beſonders §. 885. not. h. bemerkt. 2) In Anſehung des heredis pactitii. Denn da dieſer vermöge Vertrags nach des Erblaſſers Tode in deſſen Rechte und Verbindlichkeiten eintritt, mithin auch von der Erbſchaft ſich nicht losſagen kann, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß es in dieſem Falle nicht erſt einer beſondern Antretung der Erbſchaft bedürfe; vgl. Zachariä quaest. XVII. 3. Hübner disp. test. cap. 11. p. 155. Hahn de auctoritate pacti de hered. tertii §. 7. Mittermaier D. P. R. §. 403. n. 10. Eichhorn D. P. R. §. 344. Göthe in der not. b. angef. diss. II. 11. Doch fehlt es nicht an entgegengeſetzten Anſichten, Malblanc. princip. jur. rom. §. 285. not. p. Schulz. de success. universali per pact. prom. Berol. 1818. p. 24.; vgl. Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Pand. Comm. XLIII. §. 1496. S. 238. Beſeler Lehre v. Erbvertr. II. 1. §. 10. S. 247. ff. Schwarze und Heyne Unterſ. II. 2. S. 25. ff. Und in der That, wenn die §. 835. erwähnte Anſicht die richtige iſt, daß das pact. successorium acquisitivum nur eine Art der Delation des Nachlaſſes iſt, muß man allerdings Bedenken tragen, dem vertragsmäßigen Erben in Anſehung der Delation die Rechte abzuſprechen, welche den Teſtaments- und geſetzlichen Erben zuſtehen. — Außerdem bedarf es eines beſondern Erbſchaftsantritts nicht; 3) für den Miterben, der bereits angetreten hat, in Anſehung der Erbportion eines andern Miterben, welche ihm entweder in Gemäßheit des jus accrescendi; vgl. §. 891. 893. 894., oder jure substitutionis. l. 76. pr. l. 80. §. 1. D. de acqu. vel om. h. zufällt. Was die substitutio pupillaris anlangt, ſo iſt gewiß, daß der Subſtituirte, der die Erbſchaft des Vaters angetreten hat, auch die des Pupillen annehmen muß; vgl. §. 720. 2. Weſtphal §. 171—175.; der Erbe, welcher die Erbſchaft des Vaters angetreten hat, gilt als heres necessarius des Pupillen, l. 42. pr. D. de a. v. o. h.; daher bedarf es auch keines beſondern Antritts der pupillariſchen Erbſchaft.

b) *Burc. Bardili* Disp. de hereditatis aditione. Tub. 1706. Leyſer Sp. 370. 371. Averan interpr. I. 12. Weſtphal ſyſt. Comm. über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente, Annehmung und Ablehnung der Erbſchaft, den Rechten, auch Pflichten der Erben, auch deſſen petitoriſchen und poſſeſſor. Rechtsm. Lpzg. 1740. §. 60—347. Schweppe §. 835—880. Mühlenbruch doctr. pand. §. 690—719. u. in der Fortſetz. des Glückſchen Pand. Comm. XLII. §. 1487—1492. XLIII. 1493—1496. Noch iſt hervorzuheben die diss. von J. C. Göthe electa de aditione hereditatis ex jure rom. et patrio sistens. Giess. 1738., theils um ihrer ſelbſt willen, theils weil ihr Verfaſſer der Vater des berühmten Dichterfürſten iſt; vgl. v. Göthe aus meinem Leben; Bd. 24. der ſämmtl. Werke Göthe's. Stuttg. u. Tübingen 1829. S. 41.

Erſtes Capitel.

Von der Antretung der Erbſchaft, und deren Wirkungen.

§. 906.

Die Antretung der Erbſchaft geſchieht entweder ausdrücklich mittelſt einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Erklärung [*]), oder ſtillſchweigend. Das Letztere iſt der Fall, wenn Jemand ſolche Handlungen unternimmt, welche nur ein Erbe unternehmen kann, welche mithin über deſſen Abſicht, ſich der Erbſchaft anzumaßen, keinen Zweifel übrig laſſen [b]) (gestio pro herede); z. B. wenn er des Erblaſſers Schulden, oder die Vermächtniſſe bezahlt [bb]), mit den Gläubigern Vergleiche ſchließt, Schuldforderungen eintreibt [c]) ꝛc. Iſt hingegen die unternommene Handlung von einer ſolchen Beſchaffenheit, daß auch eine andere Perſon, als der Erbe, ſich derſelben unterziehen konnte, ſo unterſcheide man, ob dabei möglicher Weiſe auch eine andere Abſicht, als die der Erbſchaft ſich anzumaßen, zum Grunde liegen kann, oder nicht. In dem erſten Falle würde noch keinesweges die rechtliche Vermuthung, daß die Handlung in der gedachten Abſicht unternommen worden, eintreten [d]), ſondern im Leugnungsfalle der Gläubiger ſolches erſt erweiſen müſſen. In dem andern Falle aber, da nämlich die Handlung zwar

auch von einer andern Perſon als dem Erben unternommen werden konnte, jedoch aber keine andre Abſicht, als die der Erbſchaft ſich anzunehmen, gedenkbar iſt, würde der Erbe, wenn er das Gegentheil behauptete, letzteres erweiſen müſſen[e]), dafern er ſich nicht zu der Zeit, da er die Handlung unternahm, mittelſt einer Proteſtation geſichert hätte[f]).

a) Ob die hereditatis aditio, welche ausdrücklich geſchieht, als actus legitimus angeſehen worden ſey, wie man aus dem Umſtande, daß ſie nicht per procuratorem geſchehen konnte, und aus den andern §. 908. erwähnten Beſtimmungen, die man als Eigenthümlichkeit der ſogenannten actus legitimi anſieht, folgerte, vgl. Averan l. l. §. 7. Weſtphal a. a. O. §. 103. 159., kann uns gleichgültig ſeyn; vgl. Mühlenbruch Fortſ. XLII. §. 1491. Gewiß iſt, daß die agnitio, welche nach römiſchem Recht bei der bonorum possessio vorkam, an keine Form gebunden war; vgl. Averan. l. l. n. 3. 18. 24. Schweppe §. 841. Mühlenbruch §. 696.

b) l. 88. D. de adquir. v. om. hered. l. 6. C. de jur. delib. Weſtphal §. 24—245.

bb) Vgl. jedoch l. 42. §. 3. ib.; ingl. H. G. Bauer an et quatenus fideic. universalis legata a fiduciario relicta solvendo se pro herede gessisse existimandus sit. L. 1764. Ueber Bezahlung der Schulden l. 2. C. de jure delib.

c) l. 14. D. de transact. Hierher gehört auch der Fall, wenn ſich einer der Erbſchaft zum Beſten eines Dritten begiebt; denn da er ſolchergeſtalt über die Erbſchaft disponirt, ſo tritt er ſie ſtillſchweigend an. Struben rechtl. Bed. Th. I. n. 32. (274. ed. 2.); vgl. jedoch l. 24. D. de acqu. vel o. h.

d) l. 20. pr. §. 1. 2. 3. l. 22. l. 73. D. de acqu. v. om. hered. Leyſer Sp. 370. m. 8. Müller. ad L. obs. 572. Struben a. a. O. Th. I. Bed. 107. (275. ed. 2.). Der Letztere will namentlich aus Handlungen, welche officio pietatis unternommen worden ſind, keine pro herede gestio gefolgert wiſſen; vgl. l. 20. §. 5. D. de acqu. vel om. h. l. 14. §. 8. D. de religios. et sumt. fin. Quiſtorp rechtl. Bem. II. 38. Mävius I. dec. 72. Der Beſitz des Nachlaſſes begründet ebenfalls noch kein Argument für die pro herede gestio, noch weniger der Beſitz einzelner Nachlaßgegenſtände; wohl aber gilt dafür eine Dispoſition über Gegenſtände des Nachlaſſes, l. 42. §. 2. D. de acqu. v. o. h., die nicht etwa durch die Nothwendigkeit der Erhaltung derſelben herbeigeführt, oder in der irrigen Meinung, daß die Sache, über welche disponirt worden, nicht zu dem Nachlaß gehört, unternommen worden iſt, l. 87. pr. ib.; vgl. Quiſtorp I. 4. Madihn Miſcellen

n. 29. Sonſt iſt es gleichgültig, ob die Diſpoſition über den Nachlaß bloß angeordnet, oder auch wirklich vollzogen worden ſey; l. 86. §. 2. D. de acqu. vel om. h. l. 6. C. de jure del. l. 20. §. 1. D. de acqu. vel om. her. Auch daraus, daß der in dem Beſitz des Nachlaſſes befindliche Erbe ein Inventarium des Nachlaſſes zu fertigen unterläßt; vgl. §. 915., folgt keine pro herede gestio, wie *Hommel* obs. 782. meint; vgl. *Quiſtorp* II. 38., auch l. 21. pr. D. de acqu. v. o. h. Daß man übrigens auch ohne in dem Beſitz der Erbſchaft zu ſeyn, pro herede ſich geriren könne, ſ. l. 20. 21. §. 1. l. 88. D. de acqu. vel om. her. Zu den zweideutigen Handlungen gehört auch das Vollbringen einer Handlung, welche der Erbeinſetzung als Poteſtativbedingung vorgeſchrieben worden iſt. Die römiſchen Juriſten waren hier verſchiedener Meinung, l. 62. D. de acqu. vel o. h. In l. 1. §. 1. D. de cond. c. dat. l. 13. D. de cond. inst., wird hier keine pro herede gestio angenommen, was auch richtiger ſcheint; vgl. l. 26. D. de cond. inst. *Schweppe* S. 159. not. 2. *Weſtphal* §. 230. Eben ſo zweifelhaft iſt, ob die Annahme deſſen, quod conditionis implendae caussa heredi dandum est, als pro herede gestio anzuſehen ſey? In l. 20. §. 4. D. de acqu. vel om. her. wird dies in Anſehung eines suus heres, wiewohl ebenfalls mit Unterſchied, angenommen; und es iſt ſehr die Frage, ob für andre Erben, die nicht ipso jure Erben waren, daſſelbe galt? Die Fortſetzung einer mit dem Erblaſſer gemeinſchaftlich geführten Handlung gilt im Allgemeinen nicht als Erbſchaftsantritt, l. 78. D. de acqu. v. om. her. Der Fall, welchen l. 42. §. 1. ib. behandelt, iſt hiervon verſchieden. In dieſem Fall iſt die Rede von einem suus, der mit einem Dritten eine Societät geſchloſſen hatte, bei welcher der Vater des erſtern jure patriae potestatis intereſſirt war. Hier gilt wenigſtens die von Seiten des filiusfamilias bewirkte Unternehmung neuer Geſchäfte für die Societät nicht für Antritt der väterlichen Erbſchaft. Vorbereitende Handlungen, durch welche der Erbe Einſicht in den Beſtand der Verlaſſenſchaft zu erlangen ſucht, ſind gleichfalls nicht für Erbſchaftsantritt zu nehmen, l. 29. h. Das Zugeſtändniß Erbe geworden zu ſeyn, gilt als gestio pro herede, l. 12. 22. D. de interr. in jure fac.; obwohl nach dem letztern Geſetz, wenn ein Erbe, der nicht jura suorum hatte, auf dieſe Weiſe ſich erklärt hatte, nur für den, dem das Zugeſtändniß geſchehen war, wogegen die nicht erfolgte Beantwortung der Frage: ob man Erbe geworden ſey, nicht als gestio pro herede angeſehen werden ſoll; vgl. *Glück* Pand. XI. §. 745. S. 271. Nach heutigem Recht iſt zwar ein in contumaciam erfolgtes Zugeſtändniß nicht als ein unbedingtes, über den vorliegenden Rechtsſtreit hinaus wirkendes, anzuſehen; allein das in einem Rechtsſtreit *wirklich erfolgte* muß allgemein als Erbſchaftsan-

tritt betrachtet werden, ſo lange nicht eine Beſchränkung nachgewieſen wird; vgl. Linde Proceß §. 256. Biener syst. proc. §. 119. — Mehr über die Umſtände, aus denen gestio pro herede gefolgert werden kann, ſ. bei Donell. comm. VII. 8. Voet. comm. ad pand. XXIX. 2. §. 5—8.

e) §. 7. I. de her. qual. et diff. Berger Oec. II. 4. 49. not. 2. Carpzov p. III. c. 14. def. 21.

f) Berger l. l., ſ. jedoch Leyſer sp. 370. m. 7. Müller. ad L. obs. 572.

§. 907.

Erbſchaftsantritt ſetzt eine deferirte Erbſchaft voraus[a]); und kann nur von Seiten deſſen erfolgen, dem die Erbſchaft deferirt worden iſt[b]), vorausgeſetzt, daß derſelbe auch Kenntniß der erfolgten Delation habe[c]). Sie iſt Sache der freien Willkür[d]); wer aber eine Erbſchaft antreten will, muß ſich gültiger Weiſe verbindlich machen können[e]), folglich können Perſonen, welche unter Vormundſchaft ſtehen, andrergeſtalt nicht, als mit Zuſtimmung ihrer Vormünder eine Erbſchaft antreten[f]).

a) l. 13. 80. D. de a. v. o. h. l. un. §. 1. C. de cad. toll. Wird Mehrern nicht gleichzeitig die Erbſchaft deferirt, ſo iſt die Ordnung der Delation zu beachten. Ein ſubſtituirter Erbe kann alſo nicht antreten, ſo lange der Erbe des erſten Grades vorhanden iſt; l. 3. 69. 72. ib.; ein geſetzlicher Erbe nicht, ſo lange ein Teſtamentserbe, oder ein näherer geſetzlicher Erbe ihm vorgeht, l. 30. §. 1. l. 39. ib.; vgl. Mühlenbruch Fortſ. XLII. §. 1492.

b) Ueber die Ausnahmen von dieſer Regel vgl. Löhr im Arch. für civ. Pr. II. 14. n. 8. Marezoll in Linde's Zeitſchr. II. 3. Es gehören dahin mehrere der ſogenannten Transmiſſionsfälle (§. 912.). Namentlich kann der Vater die ſeinem Kind angefallene Erbſchaft antreten, wenn daſſelbe in infantia verſtorben iſt, oder die Erbſchaft ausgeſchlagen, oder gegen den durch den Vater erklärten Erbſchaftsantritt Reſtitution erlangt hat (die ſogenannte transmissio ex cap. infantiae), l. 8. §. 6. D. de bon., quae lib. l. 18. C. de jure delib.; vgl. Schweppe §. 838.

c) Vgl. §. 885. not. n. Bei der pro herede gestio iſt dies nur um ſo mehr erforderlich, l. 21. §. 2. 3. l. 86. §. 2. l. 87. pr. D. de a. v. o. h. Averan. I. 12. n. 16. 18. 37. Mühlenbruch a. a. O. S. 416. ff.

d) l. 85. ib. l. 16. C. de jure delib. Mühlenbruch a. a. O. S. 468. Ausnahme gilt bei dem mit einem fideic. universale

belaſteten Erben; vgl. §. 804. 805.; vgl. auch §. 905. not. a. Ueber die Wirkungen eines unerlaubten Zwanges §. 885. not. l. Der zum Antritt Gezwungene gilt nicht als Erbe, oder hat doch beneficium abstinendi, l. 6. §. 7. l. 25. ibid.

e) l. 8. D. de acqu. vel om. h.; und was pro herede gestio betrifft, l. 4. 5. C. de jure del.; vgl. übrigens §. 885. not. k. Mühlenbruch a. a. O. S. 430.

f) l. 9. 11. D. de aut. tutor. l. 5. C. de jure del. Vorm.-Ordn. XIII. 4. Ueber die einem in väterlicher Gewalt befindlichen Kinde deferirte Erbſchaft vgl. die not. b. angef. Geſetze; auch Breuning. de adit. hered. a filiof. facta. L. 1768. Ueberhaupt aber §. 885. not. k. Mühlenbruch a. a. O. S. 433. ff. Daß ein curator absentis eine dem Abweſenden zugefallene Erbſchaft wirkſam antreten könne, nahm das Urthel des Oberhofgerichts bei Stockmann de potioribus legit. gravaminibus. L. 1805. §. 19. S. 28. an. Mühlenbruch a. a. O. S. 464. ff.

§. 908.

Was die Art und Weiſe der Erbſchaftsantretung betrifft, ſo muß 1) dieſelbe unbedingt geſchehen[a]); 2) der Erbe muß die Erbſchaft, oder den ihm zukommenden Antheil derſelben ganz antreten, mithin iſt es ihm nicht erlaubt, ſich dahin zu erklären, daß er nur einen Theil derſelben annehmen, von einem andern Theile aber ſich losſagen wolle[b]). Beſonders iſt hierbei anzumerken, daß es in dem Falle, da ein Vater neben dem Allodialvermögen auch Lehngüter hinter ſich läßt, deſſen Söhnen nicht frei ſtehe, mit Entſagung des erſtern bloß in die Lehngüter zu ſuccediren, ſondern daß er ſich entweder von beiden losſagen, oder beides zugleich annehmen müſſe[c]). Der Erbſchaftsantritt iſt übrigens an eine beſtimmte Zeit nicht gebunden[d]); auch kann die Erklärung des Antritts durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten erfolgen[e]).

a) l. 77. D. de regg. jur. l. 51. §. fin. D. de adqu. v. om. her. Berger Oec. L. II. T. IV. §. 49. n. 3. Hofacker §. 1442. Wernher p. VII. obs. 1. G. G. Bechtold de hered. aditione condit. Giess. 1784. Mühlenbruch a. a. O. XLII. S. 470. Anderer Meinung iſt Leyſer Sp. 370. m. 9. Allein das benef. inventarii, welches er als Beiſpiel anführt, darf keineswegs als eine Bedingung betrachtet werden; vgl. l. 51. §. 2. D. acqu. vel om. h. Göthe diss. l. l. §. 23. Bechtold §. 12. 13. Nach

gemeinem Recht iſt kein Unterſchied zwiſchen einer conditio suspensiva und resolutiva; vgl. Bechtold l. l. §. 11—13. Denn ſo wenig ein Erbe sub conditione resolutiva eingeſetzt werden kann, eben ſo wenig kann ein Erbe bedingen, daß er unter gewiſſen Umſtänden Erbe zu ſeyn aufhöre; vgl. §. 684. Eine bedingte Antretung iſt ſo gut als keine, d. l. 51. l. 77. D. de R. I. Indeß ſcheint das ſächſ. Recht damit nicht ganz übereinzuſtimmen. Denn die dec. 57. v. J. 1661. giebt während des spatii deliberandi ſogar das Recht, auch eine bereits angetretene Erbſchaft wieder aufzugeben; es muß daher innerhalb dieſer Friſt wohl auch das minus eine Antretung sub conditione resolutiva erlaubt ſeyn. Hiernächſt kann nach dem Erbg. §. 6. der Erbeinſetzung jede Art von Bedingung beigefügt werden, mithin fehlt es an einem hinreichenden Grund einen bedingten Erbſchaftsantritt für ungültig zu erklären; vielmehr ſcheint dann §. 4. des Erbg. in Anwendung zu kommen. — Verſchieden von der Frage, ob Erbantritt bedingt erfolgen könne, iſt übrigens die, ob eine bedingt deferirte Erbſchaft angetreten werden könne? Nach gem. Recht iſt dies im Allgemeinen zu verneinen, da eine Erbſchaft vor Eintritt der Bedingung nicht deferirt, und eine vor der Delation abgegebene Erklärung nicht bindend iſt; vgl. §. 885. 907. Inzwiſchen konnte doch bei einer sub conditione casuali erfolgten Erbeinſetzung eine vorläufige agnitio der bonorum possessio, auch wohl gegen Caution wirkliche Beſitznahme erfolgen; l. 2. §. 1. l. 5. pr. l. 6. D. de bon. poss. sec. tab. l. 12. D. qui satisd. cog., welches Letztere auch bei einer negativen conditio potestativa gegen Beſtellung der cautio Muciana (§. 689. not. e.) möglich iſt; vgl. Bechtold §. 6—9. Das ſächſiſche Recht hat hierin im Ganzen nichts geändert, nur eine interimiſtiſche Einräumung des Beſitzes gegen Caution hat wegen §. 6. des Erbg. Bedenken; vgl., was cautio Muciana betrifft, §. 689. not. e. S. 91.

b) l. 1. 2. D. de acqu. vel om. her. Berger a. a. O. n. 5. Mühlenbruch a. a. O. S. 470.; und dies zwar ſelbſt dann, wenn einem Erben mehrere Theile beſonders angewieſen worden waren, l. 20. D. de jure delib. Theilweiſe Antretung oder pro herede gestio iſt aber nichts Ungültiges, ſondern gilt als Antretung für das Ganze, l. 10. 80. §. 1. D. de acqu. v. o. h. Das ſächſ. Erbg. hat hierin ausdrücklich nichts geändert. Zwar ſcheint es, als ob man darauf §. 4. des Erbg. beziehen könnte; allein die Worte des Geſetzes berechtigen dazu nicht; und wollte man dieſelben auf den Fall einer theilweiſen Repudiation beziehen, ſo müßte man auch annehmen, daß eine portio accrescens in den Fällen, in welchen nach dem Erbg. noch jus accrescendi gilt, beliebig ausgeſchlagen werden könne; vgl. §. 893. not. n. Ueberhaupt iſt die Bemerkung von Kriegel §. 36. S. 79. zu beachten, nach welcher für Erb-

ſchaften und Legate ein gemeinſchaftliches höheres Princip theilweiſe Annahme verbietet.

c) II. I. 45. c. 47. p. II. Torgauer Ausſchreiben v. 1589. tit. Welchergeſtalt die Agnaten ꝛc. §. da aber ein Vater ꝛc.; vgl. Kind II. qu. 3. (I. 19. ed. 2.) Zachariä Handb. des ſächſ. Lehnr. §. 93. Daſſelbe iſt auch auf die Succeſſion in Lehnſtämme und Geldſummen, inſofern dieſe nach lehnsrechtlichen Grundſätzen erfolgt, anzuwenden; Verordnung vom 6. Jul. 1831. GS. n. 47.

d) Vgl. §. 885. 886. Außerdem iſt der Erbſchaftsantritt nur durch Verjährung ausgeſchloſſen oder doch unwirkſam gemacht. §. 957.

e) Nach röm. Recht iſt dies anders, l. 90. pr. D. de a. v. o. h. l. 53. 54. pr. D. de a. v. d. l. 1. §. 2. D. de off. proc. caes. Averan. I. 12. n. 5—13. 39. 57—60. Hotomann qu. illustr. 41. Göthe diss. l. I. §. 14. 16. seq. C. F. Reinhard de adit. hered. per alium. Hal. 1720. Doch konnte durch ein in potestate befindliches Subject jussu deſſen, welchem die potestas zuſtand, die Erbſchaft angetreten werden, l. 6. D. de a. v. o. h. Weſtphal §. 114. Die agnitio der bonor. poss. konnte dagegen ebenfalls durch einen Procurator geſchehen, l. 3. §. 7. l. 15. 16. D. de bon. poss., ſo wie auch hier ratihabitio einer bewirkten agnitio nicht ausgeſchloſſen war, d. l. 6. §. 1. Indeß ſcheinen l. 22. D. mand. l. 4. C. de jure delib. allerdings Fälle anzunehmen, in welchen der Erbſchaftsantritt durch einen procurator geſchehen kann; auch ſollte wohl ein ſpecieller Auftrag, den der Erbe wegen Antritts einer angefallenen Erbſchaft ertheilt, wenigſtens als pro herede gestio angeſehen werden. Bardili diss. l. n. 36. Duaren. ad tit. de a. v. o. h. c. 4. disp. universar. II. 27. Berger Oec. II. 4. 49. not. 3. Lauterbach coll. pand. XXIX. 2. §. 20. Alle dieſe Umſtände rechtfertigen zur Gnüge die Annahme, daß h. z. T. eine Erbſchaft durch einen mit ſpeciellem Auftrag verſehenen procurator angetreten werden könne; vgl. Stryck us. mod. XXIX. 2. §. 7. Göthe I. §. 17. Helfeld Jurispr. for. §. 1491. Höpfner Comm. §. 543.

§. 909.

Die Wirkung der Erbſchaftsantretung A) überhaupt beſteht darin, daß der Erbe in alle Rechte und Verbindlichkeiten ſeines Erblaſſers (ſo weit ſie nicht als ganz perſönlich mit dem Tode erlöſchen) eintritt, und gleichſam deſſen Perſon vorſtellt [a]), ſo wie auch der Nachlaß ſelbſt mit dem Vermögen des Erben verbunden wird, und eine einzige Maſſe bildet [b]). Dabei iſt zu bemerken: A) daß der Erbe ſchon durch den bloßen Antritt der Erbſchaft, auch wenn er

ſie noch nicht in Beſitz genommen, ein Eigenthumsrecht auf dieſelbe erlange[c]). Dieſes Eigenthumsrecht wird auch auf die vom Tode des Erblaſſers an bis zur Antretung der Erbſchaft verfloſſene Zwiſchenzeit zurückgezogen, dergeſtalt, daß der Erbe nach angetretener Erbſchaft, als deren Eigenthümer vom Tode des Erblaſſers an betrachtet wird[d]). Wiewohl aber dieſes Eigenthumsrecht auch ein Recht auf den Beſitz der Erbſchaft ertheilt, ſo ergiebt ſich doch ſchon von ſelbſt, daß derſelbe, als etwas factiſches, anderergeſtalt nicht, als durch deſſen wirkliche Ergreifung erlangt werden könne[e]).

a) l. 3. pr. §. 1. D. de bon. poss. l. 9. §. 1. D. de edendo l. 34. D. de jud. l. 11. D. de divers. temp. praescr. l. 37. D. de acqu. vel om. h. l. 24. 208. D. de V. S. l. 62. D. de R. I.; Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1493. S. 92. Ueber Rechte, welche nicht übergehen, vgl. §. 641. not. b. Es gehören dahin alle jura status, die ſogenannten servitutes personales (§. 1033.) und privilegia personalia (I. §. 35.), nicht aber jura singularia, wie das benef. rest. in integrum, l. 6. D. de in intr. rest.; vgl. F. G. Struv. de herede defunct. non repraesentante. Jen. 1705. Mühlenbruch §. 610. Fortſetzung XLIII. §. 1493. S. 4. Auch manche Klagen gehen nicht auf die Erben; wie die querela inofficiosi, wenigſtens die des ältern Rechts; vgl. §. 966.; die Klage auf Revocation einer Schenkung wegen Undankbarkeit; vgl. §. 1351., das Recht eine von dem Erblaſſer dem Ehegatten geſchehene Schenkung anzufechten, §. 130. Ueber die actiones poenales des röm. Rechts, Francke Beitr. zur Erläut. verſch. Rechtsmat. n. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 8. ff.

b) Schweppe §. 846. S. 175. Mühlenbruch doctr. pand. §. 698. III.

c) l. 50. §. 1. D. de rei vind. l. 80. D. de legat. 2. l. 37. D. de a. v. o. h. §. 6. I. per quas pers. cuiqu. acqu. l. 4. C. un. de leg. 2. l. 14. C. de jure del.; ſ. oben §. 433.

d) l. 54. D. de adqu. v. o. h. l. 138. §. 1. l. 193. 194. D. de reg. jur. Vermöge dieſes Eigenthumsrechts erlangt der Erbe das Recht der Veräußerung, namentlich der Veräußerung der ganzen Erbſchaft, vgl. IV. §. 1373. Schweppe §. 807. Mühlenbruch §. 703.

e) l. 23. 30. §. 5. D. de adqu. v. om. possess. Berger Oec. L. II. Tit. IV. th. 49. Deſſen El. proc. poss. th. 29. Mencken Pand. L. 29. T. 2. §. 2. Leyſer Sp. 370. m. 3. 4. u. sp. 371. m. 4. 5. 6. Müller. ad L. obs. 547. Averan.

I. 12. n. 35. Göthe I. §. 41. 47. II. §. 7. 8. Savigny §. 5. S. 26. §. 26. S. 319. §. 28. S. 334. Haubold §. 353. Ueber Beſitzergreifung Göthe diss. l. I. §. 47. S. Schmidt de privata hered. apprehensione. Marburg 1686. Cramer obs. jur. un. III. 787. Horn de die trices. §. 29. Nach Carpzov p. III. c. 14. def. 16. ſoll Beſitzergreifung nicht intra tricesimum erfolgen dürfen; was aber gewiß unrichtig iſt. Nach deutſchen Rechten ſoll, wie Einige meinen, auch der Beſitz unmittelbar auf den Erben übergegangen ſeyn; vgl. C. H. Braun de possess. ipso jure in hered. transeunte tam sec. jur. rom. quam german. examinata. Erl. 1744., dagegen W. A. Schöpf de hered. aditione c. benef. legis et inventarii. Tub. 1750. §. 5. und wider dieſen Braun Rechtfert. der diss. de possess. etc. in den Erlanger gelehrten Anzeigen v. J. 1751. n. 8. Mittermaier D. P. R. §. 414. Eichhorn D. P. R. §. 337. Maurenbrecher D. P. R. Für die Meinung, daß der Beſitz unmittelbar auf den Erben übergehe, pflegt man die Parömie: der Todte erbet (auf) den Lebendigen, oder, wie es bezeichnender in dem Franzöſiſchen ausgedrückt wird, le mort saisit le vif, anzuführen; vgl. Schilter XV. §. 12. Cramer Wetzl. Nebenſt. LXXII. 2. obs. jur. un. IV. 1197. Eiſenhart D. Recht in Sprüchwörtern III. 4. n. 2. S. 327. Runde (der nicht mit Unrecht die erwähnte Parömie von dem ipso jure bewirkten, die Nothwendigkeit des Erbſchaftsantritts ausſchließenden Uebergang des Erbrechts auf die geſetzlichen Erben zu verſtehen ſcheint) D. P. R. §. 687. und die daſelbſt not. e. angef. Schriftſteller, denen hinzuzufügen iſt Savigny a. a. O. §. 28. S. 334. Mühlenbruch Fortſ. XLIII. §. 1493. S. 86. Daß der erlangte Beſitz conditionem usucapiendi und bei einer bereits begonnenen Verjährung accessionem possessionis gewähre, ſ. §. 553. §. 555. not. e. 561.; vgl. auch Schweppe §. 850. Pfeiffer pract. Ausführungen I. 15. Mühlenbruch a. a. O. S. 71. 80.

§. 910.

Da der Erbe durch die Antretung der Erbſchaft ein Eigenthumsrecht auf dieſelbe erhält, mithin ſolche von nun an ein Theil ſeines Vermögens iſt, ſo folgt hieraus, daß, wenn ein Erbe nach erfolgter Antretung der Erbſchaft, ohne ſie noch in Beſitz genommen zu haben, ſtirbt, nichts deſto weniger nun ſeinen Erben auf dieſelbe ein Erbrecht zuſtehen müſſe; da hingegen, wenn der Erbe noch vor der Antretung verſtorben iſt, nach gemeinem Recht in der Regel deſſen Erben keine Anſprüche darauf machen können[a]).

a) l. un. §. 5. C. de caduc. toll.; vgl. §. 889. Doch findet dieſe Regel nur in Anſehung der Erben (successorum universalium) Statt. Bei andern Perſonen, welche nur titulo singulari etwas aus der Erbſchaft erhalten, mithin nicht in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblaſſers treten, iſt es ſchon genug, wenn ſie dieſen nur überleben, indem ſie ſolchenfalls auch ohne beſondere Antretung ihr Recht auf ihre Erben übertragen. Dies iſt z. B. der Fall bei Legaten (§. 778.) und Fideicommiſſen (§. 799.), bei Schenkungen auf den Todesfall, §. 1349. Eben dies galt ſonſt bei der Succeſſion in Gerade und Heergeräthe, und bei der ſtatutariſchen Erbfolge der Ehegatten.

§. 911.

Inmittelſt leidet dieſe Regel ſchon nach gem. Recht mehrere Ausnahmen, wodurch dieſelbe faſt gänzlich entkräftet wird[a]). Hierher gehört, 1) daß die Deſcendenten des Erblaſſers, wenn ſie gleich noch vor angetretener Erbſchaft ſterben, dennoch das Erbrecht auf ihre Deſcendenten übertragen (transmissio Theodosiana)[b]). 2) Wenn ein Erbe, er ſey von welcher Art er wolle, ſofern er es nur weiß, daß ihm eine Erbſchaft angefallen[c]), noch vor Ablauf eines Jahrs von Zeit der erlangten Wiſſenſchaft an ſtirbt, ſo trägt er ſein Erbrecht, ob er gleich die Erbſchaft noch nicht angetreten, dennoch auf ſeine Erben, es mögen nun Deſcendenten oder andere Inteſtaterben ſeyn, dergeſtalt über, daß ſie bis zu Ablauf des Jahrs deliberiren können, ob ſie die Erbſchaft annehmen wollen, oder nicht[d]) (transmissio Justinianea). 3) Wenn der Erbe von dem Erbanfalle gar keine Wiſſenſchaft erlangt hat[e]), oder durch rechtmäßige Urſachen an der Erbſchaftsantretung behindert worden, und darüber verſtorben iſt, ſo genießen deſſen Erben die Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, vermöge deren ſie die ihrem Erblaſſer deferirte Erbſchaft an ſeiner Statt antreten können[f]). In Sachſen aber iſt der ſchon von mehrern ältern ſächſ. Juriſten[g]) vertheidigte Satz, daß das Recht, eine deferirte Erbſchaft anzutreten, auch auf die Erben jeder Art transmittirt werde, geſetzlich[h]) als Regel[i]) aufgeſtellt worden.

a) Berger de transmissione hereditatis; in Ej. Disserlt. sel. n. 17. J. A. Helfeld de transmissione juris succedendi antecessoris

morte non delati. Jen. 1772. in Ej. Opusc. n. 19. A. J. S. Green. pr. de transmiss. hereditatis delatae non aditae. L. 1742. Thibaut Verſuche II. 7. Weſtphal §. 270—278. Glück Inteſtaterbf. §. 26. Marezoll in Linde's Zeitſchr. II. 3. v. Buchholz Abhandl. II. 2., u. in Linde's Zeitſchr. X. 10. Mühlenbruch XLIII. §. 1496. Vangerow im Arch. f. civil. Pr. XXIV. 5. XXV. 14. Büchel a. a. O. II. 2. S. 16.

b) l. un. C. de his, qui ante apert. tab. hered. transm.; vgl. v. Löhr im Arch. für civ. Pr. II. 14. §. 7. 8. Niemeyer de transmissione Theodos. Hal. 1812. Marezoll a. a. O. S. 61. Löbenſtern in Linde's Zeitſchr. IX. 7. n. 1. Schwarze u. Heyne Unterſ. n. 2. S. 34. — Wenn hingegen die Kinder zur Zeit, da der Erblaſſer ſtarb, ſich noch in deſſen väterlicher Gewalt befinden, mithin ipso jure Erben ſind (heredes sui), ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß ſie die Erbſchaft auch ohne deren Antretung, als welcher ſie gar nicht bedürfen, oder wenn ihnen dieſelbe unwiſſend angefallen, dennoch nach ihrem Tode nicht nur auf ihre Deſcendenten, ſondern auch auf andere Inteſtaterben übertragen, §. 3. I. de hered. quae ab int. def. l. 3. C. de jure deliber. Green a. a. O. pag. 2. Folglich kann in dieſem Falle eine eigentliche transmissio hereditatis, da ſolche eine zwar angefallene, aber noch nicht adquirirte Erbſchaft vorausſetzt, gar nicht Statt finden, ob ſie gleich gewöhnlich als transmissio ex jure suitatis bezeichnet wird. — Eben ſo wenig kann auch bei dem herede pactitio davon die Rede ſeyn, weil dieſer vermöge des Vertrags ſogleich nach des Erblaſſers Ableben deſſen Erbe iſt, ohne, daß es einer beſondern Antretung der Erbſchaft bedarf, mithin auch dieſelbe nach ſeinem Tode, wenn er ſie gleich noch nicht im Beſitz hat, auf ſeine Inteſtaterben überträgt; ſ. oben §. 905. not. a. Schwarze u. Heyne Unterſ. n. 2.

c) l. 19. C. de jure delib. *ibi: si sciens* hereditatem sibi esse delatam etc., daß jedoch dieſe Wiſſenſchaft nicht nothwendig ſey, behauptet Berger Resolutt. legg. obst. Lib. 29. Tit. 2.

d) d. l. 19. C. de jur. delib.

e) Dieſer Fall kann z. B. bei Verlaſſenſchaften abweſender Perſonen eintreten. Denn da der Abweſende von dem Tage an, da die 20jährige Friſt von Zeit der zuletzt ertheilten Nachricht abgefloſſen, oder da er das 70ſte Jahr ſeines Alters erfüllt hat, für todt geachtet wird, ſo fällt auch von dieſem Tage an deſſen Erbſchaft den zu dieſer Zeit exiſtirenden nächſten Verwandten deſſelben zu, wenn ſie auch von dieſem Erbanfalle gar keine Wiſſenſchaft haben ſollten. Ob nun gleich der Abweſende, wie es zum öftern geſchieht, erſt mehrere Jahre hernach, weil Niemand eher darum Anregung gethan, für todt erklärt, und derjenige, welcher zu der vorhin ge-

dachten Zeit deſſen nächſter Verwandter war, inmittelſt geſtorben iſt, ſo trägt er deſſen ungeachtet ſein Erbrecht, wenn er auch nichts davon gewußt hat, auf ſeine nächſten Inteſtaterben über. Reſcript v. 16. Juni 1790. Green a. a. O. p. 16., ſ. oben Th. I. 66. Die Sache iſt entſchieden durch das Erbg. §. 26. 27.

f) l. 84. l. 86. pr. D. de acqu. v. om. her. Ueber die ſogenannte transmissio ex capite infantiae vgl. §. 907. not. b. F. Ch. Harpprecht. de transmiss. hered. infanti delat. Tubing. 1688. in deſſen coll. diss. I. 47.

g) Coler. I. decis. 20. 68. Richter. decis. I. 67. Carpzov p. III. c. 4. def. 15.

h) Erbg. §. 8. 10.; vgl. Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 31. 35. Nicht aufgehoben iſt aber der Satz: hereditas nondum delata non transmittitur. Wenn daher ungewiß iſt, ob der Erblaſſer oder der präſumtive Erbe früher verſtorben ſey, wie in dem Fall bei Elvers juriſt. Zeit. II. 42. S. 166., ſo finden die angezogenen Stellen des Erbg. keine Anwendung, und ſelbſt die Beſtimmung deſſ. Geſ. §. 9. kann hier nicht von Nutzen ſeyn. Eben ſo wenig iſt durch das Erbg. etwas in Beziehung der Beſtimmung über die Zeit der Delation geändert worden.

i) Die übrigens auch da in Anwendung kommt, wenn dem eingeſetzten Erben ein Subſtitut gegeben iſt. Dies war nach gem. Recht namentlich in Anſehung der ſogenannten transmissio Justinianea beſtritten; vgl. Crell utrum herede intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur. Viteb. 1734. in deſſen coll. diss. fasc. III. n. 19. Dagegen Thibaut Verſuche I. 13. Mühlenbruch Fortſ. XLI. §. 1467. S. 301. 326. Vangerow a. a. O.

§. 912.

B. Da der Erbe nach erfolgter Erbſchaftsantretung in alle Verbindlichkeiten ſeines Erblaſſers, ſo weit ſie nicht mit deſſen Tode erloſchen ſind, eintritt (§. 909.), ſo folgt von ſelbſt, daß er die facta deſſelben zu vertreten[a]) und allen den Forderungen und Anſprüchen, welche gegen den Erblaſſer Statt fanden, Genüge zu leiſten, mithin auch deſſen Schulden zu bezahlen verbunden ſey, und zwar nach gemeinem Recht in der Regel ohne Unterſchied, es mag die Erbſchaft zu deren Tilgung hinreichend ſeyn, oder nicht[b]). Nach ſächſiſchem Recht aber nur ſo weit die Kräfte der Erbſchaft zureichen[c]), inſofern nicht etwa dem Erben eine beſondere Gefährde zur Laſt fällt[d]). Das Obligationsverhältniß, welches zwiſchen dem Erblaſſer und den Erben be=

ſtanden hat, wird durch Confuſion aufgehoben[e]). Beſondere Wirkungen des Erbſchaftsantritts finden Statt, wenn der Erbe 1) mit Legaten und Fideicommiſſen belaſtet worden iſt, in welchem Fall eine obligatio quasi ex contractu zu Entrichtung der Legate und Fideicommiſſe begründet wird[f]); 2) den Nachlaß des Erblaſſers vermöge eines mit demſelben errichteten testamentum correspectivum angetreten hat[g]). Auf eben die Weiſe wie der Erbe, wird auch der Erbe des Erben verbindlich[h]). — Uebrigens hat der Erbſchaftsantritt an ſich nicht die Folge, die Mängel eines Teſtaments, in Folge deſſen die Erbſchaft deferirt worden iſt, zu heben[i]). Jeden Falls iſt aber derſelbe etwas Factiſches, welches bewieſen werden muß, namentlich dann, wenn Jemand als Erbe in Anſpruch genommen wird[k]).

a) l. 73. D. de evict. l. 1. §. 1. l. 2. 3. §. 1. D. de exc. rei vend. et trad. l. 3. C. de reb. alien. non al. l. 22. D. de pign. (vgl. jedoch, was dies Geſetz betr., §. 1059.) l. 14. C. de R. V. l. 10. C. de solut. l. 14. C. de evict. Auch die ſächſ. Rechtslehrer ſind damit einverſtanden, Mod. Pistor. quaest. 140. Carpzov p. II. c. 48. def. 3. p. III. c. 14. def. 17. Daß Contracte überhaupt, namentlich der Pachtcontract, auf die Erben übergehe, l. 10. C. local. c. 37. p. II. Ueber Dienſtverträge vgl. IV. §. 1464. u. die Beſtimmungen in der N. Geſinde-Ordn. v. 10. Januar 1835. (GS. n. 10.) §. 77. 79. 80. Auch eine von dem Erblaſſer ungültiger Weiſe unternommene Veräußerung kann der Erbe nicht anfechten; vgl., was insbeſondere Fideicommiſſe betrifft, oben §. 800. 807. 809. A. F. S. Green pr. quatenus heres factum defuncti impugnare possit. L. 1789.; und in Anſehung des Retracts Walch Näherrecht S. 327. Inzwiſchen will man doch mancherlei Ausnahmen von dieſer Regel ſtatuiren; vgl. S. Stryck de facto defuncti ab herede non praest. Hal. 1649. [Die meiſten dieſer Ausnahmen ſind unhaltbar; und faſt durchgängig von der Art, daß ſie eine successio singularis, wie die Lehnsfolge, oder die Succeſſion in Stammgüter vorausſetzen. Am wenigſten gehören hierher die Fälle, in welchen die Erben eine von dem Erblaſſer ungültiger Weiſe unternommene Handlung anfechten, die derſelbe ſelbſt anzufechten das Recht hatte, jedoch, ohne auf das jus revocandi zu verzichten, bloß anzufechten unterließ, inſofern überhaupt nur das Klagrecht auf die Erben überging; vgl. §. 910. not. a. Daher hat der Erbe namentlich das Recht Reſtitution zu ſuchen, l. 6. D. de in int. rest., insbeſondere das Recht Reſciſſion wegen laesio enormis zu fordern; vgl. §. 1300. not. n.;

ferner das Recht eine Schenkung wegen ermangelnder Inſinuation anzufechten. Stryck l. l. II. n. 46. Struve II. 2. Nur das ſächſiſche Recht enthält eine Ausnahme von der Regel, daß der Erbe die facta des Erblaſſers nicht anfechten könne, in der Vorm.-Ordn. XXII. §. 7.; vgl. §. 169. und dazu Excurſe I. S. 410., nach welcher Kinder die von dem Vater unternommene Veräußerung ihrer Immobilien auch dann anfechten können, wenn ſie des Vaters Erben geworden ſind. Fälle, in denen die Verpflichtung der Erben eine andere iſt, als die des Erblaſſers, werden jedoch erwähnt l. 51. §. 3. D. de evict. l. 84. D. ad l. Falcid.; vergleiche auch, was die von den Erben eines Vormunds zu präſtirende culpa betrifft, I. §. 350.

b) l. 8. D. de acqu. vel om. her. l. 33. D. tot. matr. l. 36. pr. D. de bon. lib. l. 10. C. de jure del. und arg. l. 22. §. 1. 4. 12. 14. C. de jure delib. §. 6. I. de her. qual. et diff. Ausnahme gilt bloß bei Soldaten, inſofern ihnen ignorantia zu Statten kam, d. l. 22. pr. §. 5. I. de hered. qual. Eine andere Ausnahme enthält l. 23. D. mand.; vgl. Schweppe §. 847. Der Erbe haftet auch für die obligatio ex delicto des Erblaſſers, nur nicht für Geldſtrafen, die noch nicht zuerkannt waren; ſowie auch nach römiſchem Recht die actiones mere poenales gegen den Erben nicht angeſtellt werden konnten; vgl. Stryck l. l. I. n. 127. Göthe diss. l. I. 43. II. 20. Canngießer dec. 63. Quiſtorp Beiträge n. 39. Francke Beitr. zur Erl. verſch. Rechtsmat. n. 1. Mühlenbruch §. 611. Fortſ. XLIII. §. 1493. S. 4. ff. Ueber Pflicht des Erben, Dispoſitionen des Erblaſſers anzuerkennen, welche auf ſein, des Erben, eignes Vermögen ſich beziehen, derſ. XLII. §. 1469. S. 380. und, was das deutſche Recht anlangt, Sachſenſp. I. 6.

c) Dec. 57. vgl. Kind II. 56. v. Hartitzſch n. CLXV. Wenn, wie die Germaniſten lehren, die altdeutſche Succeſſion überhaupt den Erben nur nach Kräften der Erbſchaft verpflichtete (was indeſſen auf die dem alten Recht allein bekannte successio legitima beſchränkt werden zu müſſen ſcheint); vgl. Sachſenſp. I. 6. H. Piſtoris II. qu. 2. Carpzov p. III. c. 33. def. 18. resp. VI. 73. Bauer resp. 114. L. 1800. Schilter XXXVIII. §. 151. Göthe diss. l. II. 14. Mittermaier §. 382. n. 4. §. 415. Eichhorn §. 332., ſo verſchwindet das Auffallende, welches man in der angef. decis. zu finden geglaubt hat, wenigſtens zum Theil.

d) Angef. dec. 57. Dahin ſcheint auch der Fall zu gehören, wenn über den Nachlaß, deſſen der Erbe ſich angemaßt hat, ein Inventarium, oder wenigſtens eine Specification des Nachlaſſes binnen der geordneten Friſt nicht aufgenommen worden iſt. Denn l. 22. §. 12. C. de jure delib. iſt nirgends aufgehoben; und daß an die Stelle des förmlichen Inventariums eine bloße Specification treten

kann, entbindet noch nicht von der Verpflichtung, den Nachlaßbeſtand binnen der geordneten Friſt feſtzuſtellen, deren Vernachläſſigung offenbar dolus oder doch culpa dolo proxima iſt; inſofern nicht Entſchuldigungsgründe nachgewieſen werden. Mävius VI. dec. 265. die Entſcheid. der Jur.=Fac. zu Leipzig bei Richter dec. I. 59. n. 22. Dies ſcheint auch die Anſicht von Hommel obs. 782., die jedoch inſofern unrichtig iſt, als derſelbe alles von der Erklärung, das benef. inventarii gebrauchen zu wollen, abhängig macht; vgl. auch Berg juriſt. Beob. und Rechtsfälle II. 11. Es kann dagegen nicht eingewendet werden, daß die decis. 57. eigentlich das ausſpreche, was nach gem. deutſchem Recht Rechtens war. Denn einmal iſt, wie gedacht, das deutſche Recht nur auf die successio legitima zu beziehen, und dann handelt es hier ſich nicht um die Regel, ſondern um die Ausnahme wegen verſpürter vortheilhafter Gefährde. A. M. ſind indeß Bauer resp. 114. v. Langenn und Kori Erört. I. 11. S. 96. Soviel iſt jedoch gewiß, daß die ſpäter erfolgte Uebergabe eines zu gehöriger Zeit aufgenommenen Inventars oder Verzeichniſſes noch keineswegs die praesumtio einer Gefährde begründet; auf der andern Seite aber der Erbe, der weder Inventarium noch Specification einzureichen vermöchte, ohne Zweifel in solidum haften müßte. Außer der oben bemerkten könnte es nur noch eine Art vortheilhaftige Gefährde geben: die Unterſchlagung von Nachlaßſachen, wiewohl, wenn einmal die geſetzliche Strenge remittirt wird, auch nicht zu zweifeln iſt, daß eine nachträgliche Verzeichnung der unterſchlagenen Sachen den angedrohten Nachtheil abwenden dürfte.

e) Vgl. Handb. IV. §. 1374. Kind II. qu. p. 57. Mittermaier Fortſ. a. a. O. S. 92. Daß dieſe Wirkung des Erbſchaftsantritts in Sachſen durch die dec. 57. beſchränkt ſey, iſt nicht zu leugnen; vgl. Bauer resp. 114. Kind II. qu. 57.

f) Vgl. §. 782. Doch bleibt hier das Recht des Anſpruchs des Erben auf quarta Falcidia und Trebellianica; vgl. §. 786. v. Langenn u. Kori I. 11. 802. Wenn der Erbe, der angetreten hat, die Bezahlung der Legate verweigert, und, ſelbſt nachdem ihm deren Bezahlung auferlegt worden iſt, über ein Jahr verzögert, ſo ſoll er des Rechts auf die Erbſchaft, mit Ausnahme des Pflichttheils, verluſtig, und dieſe ſodann dem Subſtituirten, den Miterben, den Univerſalfideicommiſſarien und den Legatarien der Reihe nach angeboten werden. Dies iſt der Sinn der N. 1. cap. 2.; vgl. Lauterbach de test. destituto §. 27—53. Stryck succ. ab int. l. 1. §. 29. ff. Seeger de sententia Nov. 1. L. 1777. Francke Beitr. I. 6. §. 7., aus welcher Einige, wie Struve Ex. XXXII. §. 47. Zepernick in der §. 727. not. b. angef. diss. und Löhr im Arch. für civ. Pr. V. 15. n. 4., eine Modification der Folgen des test. destitutum heraus interpretiren wollen.

Ob übrigens die N. in dem angegebenen richtigern Sinn noch h. z. T. in Anwendung komme, iſt die Frage, welche Seeger diss. I. p. 11. bejahet. Schreiber dieſes erinnert ſich keines Falles, in dem auf dieſelbe Bezug genommen worden wäre. Daß der Anwendbarkeit derſelben §. 4. des ſächſ. Erbg., welches von bloß deferirten Erbſchaften redet, nicht im Wege ſtehe, iſt zwar ausgemacht, allein unter den §. 103. erwähnten Indignitätsfällen findet ſich der in der N. 1. vorausgeſetzte nicht.

g) Der Erbe aus einem ſolchen Teſtament kann gegen die Anordnung deſſelben nicht disponiren; vgl. §. 675. not. c. §. 732. not. d.

h) l. 3. D. de H. P. l. 7. §. 2. D. de a. v. o. h. l. 65. 70. D. de V. S. l. 194. D. de R. I. l. 14. D. de her. inst. Namentlich darf der Erbe des Erben die Erbſchaft des letztern nicht von der Erbſchaft desjenigen, den dieſer beerbt hat, trennen, l. 10. §. 2. D. de V. et P. S.

i) Daß die Agnition eines ungültigen Teſtaments daſſelbe überhaupt nicht gültig mache, folgt ſchon aus dem Satz, testamenti factio est juris publici. Am wenigſten kann die von dem in dem Teſtament eingeſetzten Erben erfolgte Agnition des Teſtaments daſſelbe, denen gegenüber, welche ein entgegengeſetztes Intereſſe haben, gültig machen. Auch würde aus einer ſolchen einſeitigen Agnition keine Verpflichtung für den eingeſetzten Erben als Erben entſtehen. Endlich wird dadurch, daß die Inteſtaterben nichts thun oder gar auf das Klagrecht verzichten, das Teſtament als ſolches nicht gültig; vgl. §. 732. b. not. l. Doch ſoll ein ſolcher Erbe den Legatarien ex aditione verbunden bleiben. Pufendorf II. obs. 99. Schweder de agnitione ultimae voluntatis. §. 24. Natürlich kann der, welcher das Teſtament, in welchem er eingeſetzt worden iſt, für gültig erklärt, den Anſprüchen der Legatare nicht die Ausflucht der Ungültigkeit entgegenſetzen. Erklärt er aber das Teſtament ſelbſt für ungültig, ſo kann er aus demſelben nicht antreten, und wenn er in der Meinung, daß ein gültiges Teſtament vorliege, bereits angetreten hätte, ſo giebt ihm die Pflicht, den Nachlaß gegen die wahren Erben zu vertreten, ein Recht, den Forderungen der Legatare zu widerſprechen, wenn nicht etwa ein Fall vorliegt, in welchem auch die Inteſtaterben die hinterlaſſenen Vermächtniſſe zu gewähren haben würden; vgl. §. 793. not. aa. Hätte der betheiligte Inteſtaterbe zu Gunſten des Teſtamentserben renunciirt, oder gar ſein Recht dieſem abgetreten, ſo würde der Letztere als Inteſtaterbe zu betrachten ſeyn; vgl. §. 906. not. b. Mühlenbruch Comm. XXXVII. §. 1425. b. S. 268.

k) Es gehört dies zur legitimatio ad caussam activa et passiva. Was letztere anlangt, ſo iſt, wenn Jemand als Erbe in Anſpruch genommen werden ſoll, zu beweiſen, daß derſelbe den Nachlaß an=

getreten habe, ohne Unterſchied, ob er suus heres iſt oder nicht; Erbg. §. 124., hiermit iſt der Streit: ob, wenn suus heres belangt wird, dieſer die abstentio oder der Gegner die immixtio zu beweiſen habe? über welchen zu vergl. Richter consil. II. 38. n. 9. und 139. Mävius decis. VIII. 193. Leyſer sp. 369. m. 6. Overbeck Med. III. 149. Weber von der Verbindlichkeit der Beweisführung im Civilproceß VI. 28. Mühlenbruch Fortſ. XLII. §. 1490. beſeitigt. Was die leg. ad caussam activa betrifft, ſo enthält darüber §. 121. des Erbg. einige Beſtimmungen. Der Erbe muß entweder beibringen, daß er bereits als Erbe bei der competenten Gerichtsbehörde ſich legitimirt habe, oder er muß ſein Erbrecht gerade ſo beibringen, wie in dem Fall, wenn er die hered. petitio gegen einen Andern anſtellte; vgl. §. 955. In dem letztern Fall ſoll aber auch noch durch ein Atteſt der competenten Gerichtsbehörde beigebracht werden, daß bei derſelben außer dem Impetranten Niemand als Erbe ſich gemeldet habe, oder ſonſt als gleich oder beſſer berechtigt bekannt ſey. Was den Punkt des Erbſchaftsantritts betrifft, ſo iſt darüber in den meiſten Fällen am leichteſten wegzukommen; denn indem man ein Recht, das einem defunctus zuſtand, agendo oder excipiendo ausübt, oder auf andre Weiſe in Anſpruch nimmt, liegt offenbar eine pro herede gestio vor, vorausgeſetzt, daß nicht eine in der Mitte liegende Handlung entgegenſtehe. Ueber die Beweismittel, durch welche die leg. ad caussam hergeſtellt werden kann, enthält das Geſetz nichts. Die Streitfrage, ob in Anſehung der leg. ad caussam activa Eidesantrag Statt finde? über welche zu vergleichen Kind III. 67. iſt alſo noch immer wenigſtens nicht geſetzlich entſchieden; obwohl in neuerer Zeit die Rechtslehrer und Spruchcollegien mehr für die bejahende Beantwortung namentlich dann ſich entſchieden haben, wenn nicht auf andere und kürzere Weiſe die erforderlichen Belege dargebracht werden können; vgl. Biener syst. proc. §. 99. der neueſten Ausgabe, Gensler im Arch. für civ. Pr. II. 1. und Handbuch zu Martin's Lehrb. des Proc. I. S. 163. Linde Zeitſchr. III. 15. Thon Rechtsf. I. 4. u. 22.

§. 913.

Damit nun derjenige, welchem eine Erbſchaft angefallen iſt, gegen den Schaden, welchen er ſich durch Antritt derſelben zuziehen kann, hinlänglich geſichert ſey, ſteht ihm nach Vorſchrift der Geſetze nicht bloß das ſogenannte beneficium deliberandi [a]), ſondern auch das benef. inventarii zu. Das Erſtere iſt aber, wenn gleich durch das ſpäter von Juſtinian eingeführte benef. inventarii, welches nicht bloß das Intereſſe des Erben, ſondern auch die För=

derung des Erbſchaftsantritts zum Zweck hat, nicht unnütz, gleichwohl aber weniger nothwendig geworden [b]).

a) §. 886—888.

b) Nützlich iſt das ſogenannte benef. deliberandi nach ſächſ. Recht immer, inſofern als man durch daſſelbe der Nothwendigkeit überhoben wird, die Vertretung des deferirten Nachlaſſes gegen etwanige Anſprüche zu übernehmen. Dies freilich nur inſofern, als man nicht etwa der Deliberation ungeachtet in den Beſitz des Nachlaſſes ſich geſetzt hat, oder von Fortſetzung eines bereits anhängigen Proceſſes die Rede iſt; vgl. §. 887. 3. §. 889. Nach Juſtin. Recht iſt aber freilich der Nutzen deſſelben weit geringer.

§. 914.

Der Antritt der Erbſchaft mit dem Inventario [a]) beruht auf der Fertigung eines Inventariums. Unter einem Inventario verſteht man ein unter öffentlicher Auctorität errichtetes Verzeichniß aller zur Erbſchaft gehöriger Sachen [b]). Es wird hierzu erfordert, 1) daß die Erbſchaft ſogleich nach des Erblaſſers Tode durch den Richter [c]), oder durch einen Notarius und Zeugen verſiegelt, ſodann 2) nach Ablauf des 30ſten von den nämlichen Perſonen, durch welche die Verſiegelung bewerkſtelligt wurde, wiederum entſiegelt [d]), und 3) alle zur Verlaſſenſchaft gehörige Sachen ohne Ausnahme [e]), nebſt beigefügten Taxen, ingleichen die Activa und Passiva des Verſtorbenen aufgezeichnet werden. Das aus dieſem Protocoll hernachmals abgefaßte Inſtrument wird das Inventarium genannt [f]).

a) l. 22. C. de jure deliber. §. 6. I. de her. qual. N. 1. c. 2. W. A. Lauterbach de inventario hered. Tubing. 1650. in diss. II. 91. W. A. Schöpf de hered. adit. cum benef. legis et inventarii cumprimis inter personas illustr. Tubing. 1750. J. H. Felz excerpta controvers. de benef. legis et inventar. Argent. 1708. J. M. G. Beſecke D. de cretione, jure deliberandi et inventarii in hereditate adeunda. Hal. 1773. Leyſer Sp. 364. Rumpf de jure delib. et benef. invent. Gütting. 1777. Mühlenbruch Fortſ. XLI. §. 1468. v. Buchholz in Linde's Zeitſchr. X. 10. Der Antritt des Erben cum inventario iſt ein beneficium, inſofern der Antretende Vortheile erlangt, die er ohne Fertigung des Inventariums nicht haben würde, allein ein beneficium, das er nicht etwa beſonders nachzuſuchen und auszuwirken braucht, ſondern das er durch die gehörige Aufnahme

eines inventarium ohne Weiteres erwirbt. Lauterbach diss. l. §. 8. Struben r. Bed. V. 2. (279. ed. 2.). A. M. ſind ohne hinlänglichen Grund Mävius p. V. dec. 145. Hommel obs. 782., von denen der erſtere eine Art von Proteſtation, der andre die Einreichung des aufgenommenen Inventars für nöthig erachtet. Daher ſteht auch der Statthaftigkeit des benef. inventarii nicht entgegen, daß das Inventar nach erfolgtem Erbſchaftsantritt gefertigt worden iſt. So entſchied in Sachen der Lottich. Legatare ·/. Händler der Schöppenſtuhl zu Leipzig Jul. 1808.; während die Jur.-Fac. zu Leipzig April 1808. und das Oberhofger. Decbr. 1809. dieſe Anſicht nicht ganz zu theilen ſchien.

b) Ueber die Errichtung eines ſolchen Verlaſſenſchaftsverzeichniſſes ſ. man vorzüglich (v. Trützſchlers) Anweiſung zur Abfaſſung rechtlicher Aufſätze, Th. I. Hauptabth. 3. Hauptſt. 4.

c) Leyſer sp. 364. m. 4. Vor welchen Richter die Verſiegelung gehöre, ſ. in Hommels Rhaps. Obs. 733. Zuweilen muß der Richter, auch wenn Niemand darum Anregung thut, Amts halber für die Verſiegelung Sorge tragen. Vorzüglich iſt dieſes der Fall: 1) wenn abweſende oder unmündige Erben concurriren (Vorm.-Ordn. C. 2. §. 3.); 2) wenn die Erben des Verſtorbenen unbekannt ſind; 3) wenn dem Fiscus ein Recht an der Erbſchaft zuſteht. — Von der Obſignation als einem nothwendigen Erforderniß, um des beneficii inventarii theilhaftig zu werden, iſt nirgends die Rede. Nützlich kann ſie allerdings ſeyn, um, vorausgeſetzt, daß ſie unmittelbar nach dem Tode erfolgt iſt, der probatio majoris substantiae zu begegnen; vgl. Stryck us. mod. XXVIII. 8. §. 5. Struben r. Bed. V. 7. (380. ed. 2.). Müller ad L. obs. 561. und die daſ. angeführten Rechtslehrer.

d) Die Form, welche nach der angef. l. ult. C. bei Fertigung eines Inventars zu Gunſten der Erben zu beobachten iſt; vgl. Mävius II. dec. 356. Mühlenbruch a. a. O. S. 356. ff.; über die h. z. T. beſtehende Gültigkeit dieſer Vorſchriften S. 361. beſteht 1) in Beobachtung der vorgeſchriebenen Zeit, drei Monate a momento scientiae, §. 2. 11. 12. oder bei einem weitläufigen zerſtreut an verſchiedenen Orten befindlichen Nachlaß ein Jahr, §. 3. ib. Daß auch außerdem prorogatio nachgeſucht werden kann, nimmt Lauterbach l. l. §. 10. Carpzov p. III. c. 33. def. 13. an. Mävius V. dec. 145. VI. 265. Der Monat wird zu 30 Tagen gerechnet, d. §. 2.; 2) die Zuziehung eines Notar (auch mehrerer), welcher nach Vorſchrift der Notariatsordnung Zeugen zuziehen muß, oder Statt deſſen Concurrenz des Gerichts. — 3) Gegenwart der in Anſehung des Erbſchaftsantritts betheiligten Gläubiger und Legatare; ſo verſteht man nämlich die Worte d. l. §. 2. caeterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt; vgl. Lauterbach diss. l. §. 10. Mävius l. l. und II. dec. 358. Rich-

ter I. dec. 59. n. 7. Nach N. I. c. 2. §. 1. iſt es hinreichend, wenn die anweſenden Intereſſenten der Aufnahme des Inventars beizuwohnen berufen, oder wenn alle abweſend ſind, Zeugen zugezogen werden. Die Vernachläſſigung der unter 2. u. 3. erwähnten Erforderniſſe hindert jedoch nicht, das aufgenommene Inventar wenigſtens als eine Specification beſtehen zu laſſen, welche eidlich zu beſtärken iſt; vgl. §. 916. Mävius dec. I. 356. Bülow und Hagemann Erört. IV. 72. Endlich iſt 4) die Aufnahme einer ſchriftlichen von dem Erben zu unterzeichnenden Urkunde nöthig, d. l. 22. §. 2.

e) Die poena dupli, welche §. 10. d. l. dem Erben, der etwas verſchweigt oder unterſchlägt, angedroht wird, und welche jedenfalls Abſichtlichkeit vorausſetzt, Carpzov p. III. c. 33. def. 12. Felz diss. §. 5., findet h. z. T. ſchwerlich noch Anwendung; vgl. Richter dec. I. 59. n. 17. In keinem Fall würde ſie dahin zu deuten ſeyn, daß ein Gläubiger oder Legatar das Doppelte fordern könne, ſondern nur, daß das Doppelte des Hinterzogenen zur Erbmaſſe komme. Faber error. pragm. II. 5.

f) Hierher gehörige gute Muſter findet man in Heinrich Kuppermanns Verſuche eines prakt. Handb. für Notarien ꝛc. Th. I. S. 93. flg. und S. 115. f. Ein gehörig aufgenommenes Inventar hat allerdings die praesumtio veritatis für ſich; Berlich p. II. concl. 160. n. 15. Carpzov l. l. def. 8. 11. Richter dec. I. n. 12. Inzwiſchen iſt probatio contrarii gleichwohl nicht ausgeſchloſſen, d. l. 22. §. 10.; vgl. W. A. Schöpf diss. de probat. contra inventar. Tubing. 1732.; und es kann ſogar eidliche Beſtärkung nothwendig werden; vgl. Leyſer sp. 364. m. 6. Müller. ad L. obs. 362. Wernher p. VII. obs. 146. Bei der probatio contrarii iſt auch Eidesantrag über einzelne einſchlagende Momente zuläſſig. A. M. iſt Overbeck IV. Med. 214., nach welchem hierzu das Daſeyn beſonderer Verdachtsgründe erforderlich ſeyn ſoll.

§. 915.

Die Wirkung der Erbſchaftsantretung cum beneficio inventarii, auf welche ſowohl der Teſtaments- [a]) als der Inteſtaterbe [b]), ingleichen der Vertragserbe [c]), ſo wie der Erbe des Erben [d]) Anſpruch zu machen berechtigt iſt, beſteht darin: 1) daß der Erbe nur, ſoweit die Erbſchaft zureicht [e]) und zunächſt nur aus dieſer zu bezahlen gehalten, daher auch 2) die Gläubiger zur Annahme an Zahlungsſtatt zu nöthigen berechtigt iſt [f]); 3) daß die confusio der Erbſchaft mit dem eignen Vermögen des Erben verhindert

wird [g]); 4) daß er von dem, was nach Bezahlung der Gläubiger übrig bleibt, den Legataren die quarta Falcidia abzuziehen berechtigt iſt [h]); 5) die Koſten der Aufnahme des Inventars fallen der Erbmaſſe zur Laſt [i]). Uebrigens behält der Erbe die aus dem Antritt der Erbſchaft im Allgemeinen folgenden Rechte und Pflichten [ii]), doch ſo, daß er nichts unternehmen darf, was zur Verkürzung der Rechte der Gläubiger überhaupt gereicht [k]). Er hat demnach α) ein Dispoſitionsrecht, namentlich das Recht zu verkaufen [l]), β) auch das Recht, den Gläubigern, welche ſich melden, Zahlung zu leiſten, ohne ſich darum bekümmern zu müſſen, ob ſpäter ſich meldende zur vollen Zahlung gelangen werden oder nicht [m]), obwohl er übrigens während der zu Fertigung des Inventars beſtimmten Friſt gegen jeden Anſpruch der Gläubiger geſchützt iſt [n]). Endlich kann er auch γ) die Erbſchaftsſchulden einziehen [o]). Dagegen ſteht ihm das Recht nicht zu, die einmal angetretene Erbſchaft wieder aufzugeben [p]). Die Vortheile, welche das benef. inventarii gewährt, hat nach gem. Recht [q]) der nicht, welcher entweder unbedingt angetreten [r]), oder die gehörige Fertigung des Inventars vernachläſſigt hat [s]).

a) d. l. 22. §. 1. C. Zweifel entſtehen A) in dem Fall, wenn ein fideicommissum universale vorliegt. Der Fiduciar bedarf deſſelben natürlich nur inſoweit, als er den Gläubigern verhaftet bleibt. Alſo nicht, wenn gegen ihn der Zwang zum Erbſchaftsantritt geltend gemacht, oder er ſeine ganze Erbportion zu reſtituiren hat; vgl. §. 805. Wenn er dagegen dem Gläubiger pro rata verhaftet bleibt, ſo muß er des benef. inventarii ſich bedienen, wenn er will, daß die von ihm zu gewährende rata nur nach den Kräften der Erbſchaft beſtimmt werde. Was den fideicommissarius betrifft, ſo kommt das benef. inventarii, deſſen der fiduciar. ſich bedient hat, auch ihm zu Statten. Hat aber der fiduciarius von dem benef. legis keinen Gebrauch gemacht, ſo iſt es dem fideicommissar. unbenommen, daſſelbe für ſich ſelbſt in Anſpruch zu nehmen; wobei denn freilich in Anſehung der Friſten das momentum a quo ſich ändern muß, indem dieſe vor der erfolgten restitutio nicht laufen können; vgl. über dieſen in dem Geſetz nicht berührten Punkt Hotomann obs. V. 31. Fachin. controv. VI. 31. Bachov ad Treutl. II. 12. 9. litt. α. Wissenbach. diss. ad Pand. LVII. 18. Lauterbach diss. l. §. 9.; B) in Subſti-

tutionsverhältniſſen. Auch davon iſt in dem Geſetz nicht die Rede. Daß der Subſtituirte von dem benef. inventarii Gebrauch machen könne, iſt nicht zu bezweifeln. Die Frage kann bloß ſeyn, ob ihm das von dem heres primi gradus gefertigte Inventar zu Statten komme? Dieſe Frage kommt vor bei der subst. vulgaris, wenn heres primus gegen den Erbſchaftsantritt reſtituirt worden iſt, bei der subst. pupillaris, ſowohl in Anſehung der hereditas pupillaris, als in Anſehung der hereditas paterna, welche Namens des pupillus cum beneficio inventarii angetreten worden iſt. Sie ſcheint in beiden Fällen bejahet werden zu müſſen. Bei der subst. pupillaris kann aber noch die Frage aufgeworfen werden, ob der substitutus die eine Erbſchaft pure, die andre cum benef. inventarii antreten könne? vgl. §. 770. 2. Die Schlußworte der l. 20. C. de jure del. erregen allerdings Zweifel, indeß ſcheint gleichwohl die Frage bejahet werden zu müſſen, da aditio c. benef. legis immer eine aditio iſt. C) Von mehrern Miterben können einige des beneficii inventarii ſich bedienen, andre nicht. Eben ſo können auch Inteſtaterben, welche nur auf eine gewiſſe Quote des Nachlaſſes Anſpruch haben, von dem benef. inventarii Gebrauch machen. Dies gilt namentlich von Ehegatten, welche ab intestato ſuccediren. Nach älterm Recht war ein Erbſchaftsantritt in dieſer Maaße wenigſtens der Ehefrau, die eignes Vermögen hatte, nicht zu rathen, wenn es darauf ankam portionem statutariam zu verlangen; da ſie in dieſem Fall ihr Vermögen einwerfen und das Eingebrachte bei der Maſſe laſſen mußte, ohne daſſelbe als Erbſchaftspaſſivum liquidiren zu können.

b) d. l. 22. C. §. 1. Mühlenbruch a. a. O. §. 1469.

c) Bauer Erl. der dec. 13. §. 19.; ſ. oben §. 835. not. a.

d) Vorausgeſetzt, daß der erſte Erbe die beſtimmte Friſt nicht ungenützt hat vorbeigehen laſſen; vgl. Lauterbach diss. l. §. 9. Hommel obs. 22. und die daſelbſt angef. Rechtslehrer, Weſtphal Rechtsgutachten II. n. 486. S. 340.

e) d. l. 22. §. 4. Ausnahmen, in welchen der Erbe zugleich jure proprio gehalten iſt, ſ. bei Mävius decis. I. dec. 37. 38. Die Exception des unzulänglichen Nachlaſſes erklären die meiſten Rechtslehrer für eine Ausflucht, die noch in terminis executivis wirkſam vorgebracht werden kann. Berlich I. concl. 84. Zanger de except. III. 26. n. 104. Lauterbach §. 18. sqq. Mävius I. 145. Der Beſtand des Nachlaſſes wird nach den Ergebniſſen des Inventars beſtimmt. Es fragt ſich nun, was Rechtens ſey, wenn der Nachlaß ſpäter eine Verminderung erleidet oder eine Vermehrung erhält? Daß der Erbe für eine unverſchuldete Verminderung nicht zu haften brauche, ſcheint aus §. 4. d. l. 22. hervorzugehen, Fachin. controv. VI. 30. Brunnemann ad d. l. n. 35.

Carpzov II. dec. 160. Mävius II. dec. 357. Lauterbach §. 11. Dagegen würde der Erbe für verſchuldeten Abgang allerdings verantwortlich; Schweppe §. 848. e. S. 181. Die zufällige Vermehrung der Erbſchaft kommt ohne Zweifel der ganzen Maſſe zu Gute; vgl. Schweppe a. a. O. v. Buchholz in Linde's Zeitſchr. X. 10. S. 415. Mühlenbruch Fortſ. XLI. §. 1467. S. 404.; ſ. auch oben §. 889. not. a. Was die fructus, welche aus der Erbſchaft ſelbſt entſtehen, anlangt, ſo iſt es allerdings zweifelhaft, ob dieſelben der Maſſe oder dem Erben anfallen. Für Erſteres läßt ſich der Satz: fructus augent hereditatem, l. 20. §. 3. l. 51. pr. D. l. 2. C. de hered. petit. l. 178. §. 1. D. de V. S., anführen; wogegen aber erwiedert werden kann, daß hereditas adita nicht mehr hereditas, ſondern Vermögen des Erben iſt; vgl. Felz diss. l. c. 2. Das Letztere ſcheint das Richtigere. Doch wird hiermit den Gläubigern das Recht nicht abgeſprochen, Separation des Nachlaſſes auszuwirken, damit aus dieſem und deſſen Nutzungen ihnen möglichſt vollſtändige Befriedigung zu Theil werde; nur haben ſie das beneficium separationis nicht ſchon in Folge des von dem Erben geſuchten benef. inventarii; vgl. §. 918. not. m.

f) d. l. 22. §. 4. 5. 6. Lauterbach §. 19. Felz diss. l. n. 3. Daß die Gläubiger des Nachlaſſes Subhaſtation der Erbſchaftsgrundſtücke nicht unbedingt fordern können, J. W. V. 143.

g) d. l. 22. §. 9. Berlich II. dec. 203. Lauterbach §. 20. Kind II. qu. 57. Schweppe §. 848. S. 181. aber freilich nützt dies bloß den Erben, nicht den Erbſchaftsgläubigern; vg. not. e.

h) d. l. 22. §. 4. N. 1. cap. 2. add. Lauterbach §. 22. Andre Anſichten ſ. bei C. Hartmann de herede legatario atque fideicomm. neglecto licet inventario ultra vires hered. non obligato. Lips. 1744. und andere daſelbſt §. 2. angeführte ältere Rechtslehrer; vgl. dagegen Pufendorf II. obs. 100. Böhmer Rechtsf. III. 216. und oben §. 788. 804. Daß auch nach heutigem ſächſ. Recht der Erbe des benef. inventarii ſich bedient haben müſſe, um die quarta Falcidia abziehen zu dürfen, ſ. v. Langenn und Kori Erört. I. 11.

i) d. l. 22. §. 9. Carpzov p. III. c. 33. def. 17. Lauterbach §. 21. Schweppe a. a. O.

ii) Mävius p. I. obs. 39.

k) Nicht aber das Intereſſe der einzelnen Gläubiger; vgl. die Bemerk. sub β im Text.

l) d. l. 22. §. 4. 5. 8., jedoch nur zum Zweck der Befriedigung der Erbſchaftsſchulden; wenigſtens können nur ſolche Veräußerungen von den Gläubigern nicht angefochten werden; Schweppe a. a. O. S. 179. Canngießer dec. I. 89. Auch wird durch den Antritt

cum beneficio-inventarii die Beſtellung eines curator hereditatis ausgeſchloſſen, und eine bereits angeordnete derartige cura wieder aufgehoben. J. W. V. 153.

m) d. l. 22. §. 4. 5. 7. 8. Lauterbach §. 18. Hommel obs. 376. Winkler ad Berger. Oec. II. 4. 50. 5. v. Langenn und Kori a. a. O. Schweppe S. 180. Mühlenbruch a. a. O. S. 367. Die Gläubiger indeß, welche vor dem, welchem gezahlt worden iſt, ein Recht auf vorzügliche Befriedigung haben, ſollen ihr Recht gegen den Empfänger der Zahlung geltend machen dürfen; Pufendorf animadv. 88. Der Erbe haftet in keinem Fall, ſelbſt wenn er wußte, daß andre und zwar bevorzugte Gläubiger vorhanden waren; Felz diss. l. §. 4.; eben ſo wenig der Beſitzer einer verpfändeten Sache, welche der Erbe zu dem Zweck der Befriedigung der Gläubiger veräußert hat. Für Gläubiger, welche mit dem, welchem gezahlt worden iſt, gleiche Rechte haben, iſt gar nicht geſorgt. Die ganze Beſtimmung ſetzt allerdings ein ziemlich unausgebildetes Concurs- und Liquidationsverfahren voraus, weshalb die neuern Rechtslehrer dieſe Beſtimmung des Geſetzes für unanwendbar nach heutigem Recht erklären; vgl. Schweppe a. a. O. Mävius II. dec. 358. Canngießer dec. 89. Bülow und Hagemann Erört. III. 14., nach welchem der Erbe dem Antrag der Gläubiger auf Concurseröffnung ſich nicht widerſetzen darf. Weſtphal §. 332. Mühlenbruch §. 700. Für Sachſen beſtimmt das Mand. v. 13. Novbr. 1779. die Edictalcitation in Civilſachen außerhalb des Concurs betr. (C. A. C. II. 1. S. 367.) §. 1. unter 3. a. allerdings, daß Edictalcitation auch in dem Falle Statt finden ſolle, wenn eine Verlaſſenſchaft von dem Erben cum beneficio inventarii angetreten worden iſt. Allein es erhellt nicht, ob hierbei von einem bloßen Recht des Erben, oder von einer Verpflichtung die Rede ſey. Selbſt das Befugniß der Gläubiger auf Concurseröffnung zu dringen, muß nach den §. 888. angeführten Beſtimmungen bezweifelt werden, ſo lange nicht Losſagung von Seiten des Erben erfolgt iſt. Inzwiſchen haben die Gläubiger dennoch das Recht, Maaßregeln zur Sicherſtellung des Nachlaſſes und Veräußerungsverbote nachzuſuchen, um ihr Intereſſe hierbei wahrzunehmen. Sie können daher gegen den Erben, der bereits in dem Beſitz des Nachlaſſes ſich befindet, ein praeceptum de non alienando et non solvendo, E. P. O. ad tit. L. 1., oder auch nach Befinden Sequeſtration der zu der Verlaſſenſchaft gehörigen Grundſtücke ausbringen, noch weit mehr aber verhindern, daß der Nachlaß eines inſolventen Schuldners dem Erben ausgeantwortet werde. Das Letztere kam im Jahr 1810. bei den Stadtgerichten zu Leipzig vor, als der zur gerichtlichen Verwahrung gekommene Nachlaß eines, dem übergebenen Verlaſſ.-Verzeichniß zufolge, inſolventen Schuldners von einem Verwandten des Verſtorbenen als Erbnehmer

reclamirt ward. Zwei Reſcripte der damaligen Landesregierung vom 1. Febr. und 6. Juli 1810. wieſen den Prätendenten mit dem Geſuch um Ausantwortung des Nachlaſſes ab, und unterſagten ihm die verſuchte Einziehung von Erbſchaftsactiven. Selbſt das Befugniß, mit den edictaliter vorgeladenen Nachlaßgläubigern zu verfahren, welches ihm M. Jul. 1810. der Schöppenſtuhl zu Leipzig zugeſprochen hatte, ward durch ein Erkenntniß des Oberhofgerichts vom 12. Decbr. 1810. ihm ab und dem beſtellten curat. hereditatis zugeſprochen. Indeß ſind in praxi auch Fälle vorgekommen, in denen ein unter gerichtliche Obſicht genommener Nachlaß dem Erben, der cum beneficio inventarii angetreten hatte, ausgeantwortet ward, obgleich man das Daſeyn von Nachlaßgläubigern kannte. Es war freilich in dieſen Fällen von Seiten dieſer Gläubiger kein Antrag auf Sicherſtellung geſtellt worden und man glaubte das eingeſchlagene Verfahren durch Berufung aus l. 31. D. de R. A. J. P. rechtfertigen zu können. Weniger Zweifel dürfte unterliegen, daß die Beſtimmung von §. 6. u. 8. des Geſetzes als unverträglich mit dem heutigen Hypothekenweſen nicht mehr anwendbar ſey.

n) d. l. 22. §. 11. Lauterbach §. 17.; vgl. auch Albrecht Entſcheid. merkw. Rechtsfälle. 3. Bd. Hannover 1802. n. 123. §. 5. sqq. Den Gläubigern läuft aber auch während dieſer Zeit keine temporalis praescriptio.

o) Lauterbach §. 17. n. 9.

p) Lauterbach §. 19. Selbſt nicht einmal restitutio in integrum ſoll gegen den Erbſchaftsantritt cum beneficio inventarii ertheilt werden. Mävius III. 8. A. M. iſt Carpzov I. dec. 25.

q) N. Hert. de poena non confecti inventarii; in deſſen opusc. II. 3. Lauterbach §. 23. Namentlich, was effectus confusionis betrifft, Felz diss. l. c. 6. Fachinäus VI. 33. Berlich II. dec. 203. Zanger de except. III. 9. 35. Ob die Nachtheile des nicht gefertigten Inventars auch den Erben treffen, wenn er Soldat, oder ein Notherbe iſt, deſſen Pflichttheil verletzt werden würde, wenn er den Nachlaß ganz vertreten ſollte, iſt zweifelhaft. Indeß ſpricht das Geſetz allgemein: Was Soldaten betrifft, ſo ſcheint das vor der l. 22. C. ihnen zuſtändige jus singulare wenigſtens durch N. 1. c. 4. §. 2. beſeitigt; vgl. Fritz im Arch. für civ. Pr. XII. 12. §. 2. In Anſehung der Notherben ſind zwar a. M. Fachinäus VI. 34. Gaill obs. II. 38. n. 17. Chriſtinäus dec. I. 317. n. 6. sqq., man vergl. aber dagegen Lauterbach §. 23. n. 20. Vinnius quaest. II. 28. in fin. Felz diss. l. c. 1. Höchſtens würde der Anſpruch auf qu. Falcidia verbleiben, wenn der Pflichttheil lediglich durch Vermächtniſſe beein-

Ss 2

trächtigt ſeyn ſollte; weil dann ein von dem Teſtirer herrührendes gravamen vorläge.

r) d. l. 22. §. 1. 2. 12.

s) d. l. 22. §. 12. Mühlenbruch XLI. §. 1471. — Die Frage iſt nun, ob dieſe Nachtheile den Erben, der die Fertigung des Inventars vernachläſſigt, auch nach ſächſ. Recht, nach welchem der Erbe in der Regel nur nach den Kräften der Erbſchaft verpflichtet wird (§. 912.), treffen; ob mithin nach ſächſ. Recht das benef. inventarii überhaupt noch von Nutzen ſey? Das benef. inventarii iſt durch kein ſächſiſches Geſetz aufgehoben; es wird vielmehr in dem not. g. angef. Mand. v. 1779. als beſtehend ausdrücklich anerkannt. Die ältern Rechtslehrer, welche vor der decis. 57. ſchrieben, haben, der Beſtimmungen des Landrechts I. 6. ungeachtet, das benef. inventarii als nützlich und nothwendig anerkannt; vgl. die Conſultat. III. p. 2. qu. 22. Mindan. III. 122. Pingizer quaest. Saxon. qu. 25. n. 30. seqq. Rauchbar qu. I. 29. n. 14. II. 24. n. 21. Zobel differ. jur. comm. et Sax. II. 56. Moller semestr. I. 39. n. 2. Berlich; und eben ſo Carpzov an den im Vorſtehenden angeführten Stellen, wenn ſie gleich annehmen, daß die durch l. 22. C. für die Errichtung des Inventars vorgeſchriebenen Förmlichkeiten durch ſtatutariſche Beſtimmungen verändert werden können, und namentlich an die Stelle eines förmlichen Inventars specificatio jurata trete (§. 916.). Wenn nun aber gleichwohl der Erbe nach der angeführten Stelle des Landrechts und dec. 57. in der Regel nicht ultra vires hereditatis gehalten ſeyn ſoll; welche Nachtheile treffen denſelben, dafern er die Fertigung des Inventars vernachläſſigt hat? Wir glauben folgende: 1) die unterlaſſene Fertigung eines Inventars (oder einer specificatio jurata) begründet die Vermuthung einer vortheilhaftigen Gefährde; vgl. §. 912. not. d.; 2) der Erbe kann ſich gegen die Gläubiger und Legatare nicht mit den eignen Forderungen, welche er an den Erblaſſer hat, ſchützen; vgl. die oben erwähnten, ingleichen not. q. angef. Rechtslehrer, beſonders Kind II. 57.; 3) er wird gegen die Legatarien des Rechts, die qu. Falcidia abzuziehen, verluſtig; von Langenn und Kori I. 11. Dieſem kann man ohne Zweifel 4) hinzufügen, daß dem Erben, der von dem benef. inventarii keinen Gebrauch gemacht hat, auch nicht das Recht zuſtehe, einen Gläubiger vor dem andern zu bezahlen; denn dies jus singulare gründet ſich allein auf die l. 22. C. de jure delib. angenommenen Vorausſetzungen.

§. 916.

Wir bemerken noch: 1) daß eine bloße Specification der Verlaſſenſchaft, welche aber auf Erfordern eidlich zu beſtärken iſt, von gleicher Wirkung mit dem Inventarium

ſey [a]). 2) Ein Jeder, welcher, als Erbe, eine Verlaſſenſchaft, oder einen Theil derſelben an ſich genommen und im Beſitze hat, iſt ſeinen Miterben (ſelbſt, wenn dieſe ſeine Geſchwiſter wären), wie auch allen denen, welchen aus irgend einem Grunde ein Recht auf die Erbſchaft zuſteht, ein Inventarium oder eine auf Erfordern eidlich zu beſtärkende Specification derſelben vorzulegen ſchuldig [b]). 3) Gleiche Verbindlichkeit liegt auch denjenigen ob, welche, ohne ſelbſt Miterben zu ſeyn, eine Verlaſſenſchaft in des Erben Namen an ſich nehmen und verwalten. Folglich ſind nicht nur Vormünder [c]) (ſelbſt die Mutter, welche ihrer Kinder Vormünderin wird, nicht ausgenommen) [d]), ſondern auch ein Vater, wenn den in ſeiner väterlichen Gewalt noch ſtehenden Kindern eine Erbſchaft zufällt, und ihnen nicht deshalb ein beſonderer Vormund beſtellt wird [e]), iſt hierzu verbunden [f]). 4) Wenn der Erbe, noch ehe er eine Verlaſſenſchaftsſpecification gefertigt hat, ſtirbt, ſo geht dieſe Verbindlichkeit auf ſeinen Erben über, dergeſtalt, daß dieſer nicht nur über die von ſeinem Erblaſſer auf ihn vererbte, ſondern auch über die dem Letztern zugefallene und nun auf ihn transferirte Erbſchaft eine Specification zu ediren [g]), letztere jedoch nur de credulitate zu beſchwören ſchuldig iſt [h]).

a) Arg. Conſt. 33. P. III. Deciſ. 21. 56. u. 57. v. J. 1661. Vgl. Vormundſch.=Ordn. v. J. 1782. Cap. XI. §. 1. seq. Coler. dec. I. 68. Berlich concl. III. 46. Carpzov P. III. c. 33. d. 8. Struck us. mod. XXVIII. 8. 2. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 50. n. 7. Leyſer Sp. 365. m. 1. Göthe diss. l. II. 17. Canngießer dec. I. 23. Pufendorf II. obs. 101. Weſtphal Rechtsgutachten n. 19. Hommel Obs. 58. Haubold ſ. P. R. §. 348. not. c. und die daſelbſt angeführte diss. von Walch. Mühlenbruch XLI. §. 1471. Vorauszuſetzen iſt, daß eine ſolche Specification innerhalb der Zeitfriſt, welche für Errichtung des Inventars beſtimmt iſt, jeden Falls intra annum gefertigt worden ſey; vgl. §. 912. not. d. Alle übrigen Erforderniſſe des Inventars fallen dagegen weg. Daß auch gegen specificatio jurata probatio contrarii Statt finde, ſ. Rivin. Enunc. XVIII. 149. XXI. 50. Canngießer dec. 17. Mühlenbruch XLI. §. 1470. Daß die eidliche Beſtärkung des Nachlaſſes nicht auf Activforderungen u. Schulden des Nachlaſſes zu beziehen ſey, Bauer. resp. 63. L. 1796. J. W. III. 116. Zeitſchr. N. F. I. 11.; vgl. auch §. 956. e.

b) Arg. l. 22. §. 10. C. de jure delib., angez. Conſt. 33. P. III. Deciſ. 56. 57. v. J. 1661. Geſch. Banqu.=Mand. v. J. 1766. §. 7.

c) Vormundſch.=Ordn. a. a. O.; vgl. §. 348.

d) Deciſ. 21. v. J. 1661. Vorm.=Ordn. a. a. O.

e) In welchen Fällen dieſes nothwendig ſey, ſ. oben §. 318.

f) Vorm.=Ordn. Cap. 22. §. 1. Doch wird der Vater mit der eidlichen Beſtärkung der Specification nur dann belegt, wenn gegründeter Verdacht vorhanden iſt, daß er etwas von der Erbſchaft unterſchlagen habe. Ebendaſ. und Deciſ. 21. v. J. 1661.; vgl. J. W. III. 116.

g) Berger a. a. O. not. 8. und in Ej. disc. for. Tit. 18. Obs. 6. n. 8. Wernher P. II. Obs. 493. Leyſer Sp. 365. m. 4. Hommel Obs. 22. u. 58. a. E. Winkler ad Berger. l. c. Mühlenbruch XLI. §. 1469. S. 399.

h) Z. B. daß er glaube und dafür halte, daß von der großväterlichen Verlaſſenſchaft ein Mehreres, als er in der Specification angegeben, in der väterlichen Verlaſſenſchaft nicht begriffen ſey. Hingegen iſt er de veritate zu ſchwören keineswegs ſchuldig. Carpzov P. III. c. 33. def. 14. Hommel obs. 22. Daß übrigens dieſer Eid auch erforderlich iſt, wenn Geſchwiſter einander gegenüberſtehen, ſ. dec. 56. v. J. 1661.

§. 917.

5) Dem Erblaſſer ſteht es frei, in ſeinem letzten Willen dem Erben die Vorlegung eines Inventarii oder einer eidlichen Specification zu erlaſſen, dergeſtalt, daß die Vermächtnißnehmer ſowohl, als auch die Miterben mit einem bloßen Verzeichniſſe zufrieden ſeyn müſſen, und deſſen eidliche Beſtärkung nicht fordern dürfen [a]). Doch iſt ein ſolches Verbot ohne Wirkung α) gegen die Gläubiger [b]); β) wenn der Teſtirer unmündige Kinder hinterlaſſen hat [c]); γ) wenn er ſeine Kinder auf den Pflichttheil geſetzt hat [d]); δ) wenn ſich begründeter Verdacht äußert, daß der Erbe, welchem die Vorlegung eines Inventarii, oder die eidliche Beſtärkung der Specification vom Teſtirer erlaſſen worden, etwas von der Erbſchaft unterſchlagen habe [e]).

a) Arg. l. fin. C. arbitr. Aut. Stryck de remissione inventar. Hal. 1704. c. 3. 4. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 50. n. 9. Lauterbach diss. l. §. 9. Hommel Obs. 31.; vgl. Kind I. 52. Marezoll in Grolmann und Löhr Magazin IV. 19.

n. 12. Schweppe §. 848. S. 183. Mühlenbruch doctr. pand. §. 700.

b) Angez. Deciſ. 57. v. J. 1661. Leyſer Sp. 364. m. 1.

c) Vormundſch.-Ordn. Cap. V. §. 6. Vgl. Hommel Obs. 31. n. 6. sqq.

d) Wernher P. IV. Obs. 174. Leyſer Sp. 92. m. 3. und Sp. 364. m. 1. Hommel Obs. 31. Hat hingegen der Teſtirer ſeinen Kindern mehr als den Pflichttheil hinterlaſſen, und dabei verordnet, daß ſie auf den Fall, da ſie auf ein Inventarium oder eidliche Specification dringen würden, auf den Pflichttheil geſetzt ſeyn ſollten, ſo würde ſolches gültig ſeyn. Wernher P. IX. Obs. 159. Berger decis. 112. und 115. Zoller utrum testator inventarii confect. aut specif. jurat. remittere possit. L. 1768. Hommel Obs. 31. Bauer Resp. 8. Kind I. 52.

e) Berger Oec. II. IV. 50. 9.; vgl. §. 916. not. a. Mühlenbruch XLI. §. 1470.

§. 918.

Ein Recht, die confusio des Nachlaſſes mit dem eignen Vermögen des Erben zu hindern, ſteht aber auch den Erbſchaftsgläubigern in dem Fall zu, wenn ſie bei Vereinigung des Vermögens des Erblaſſers mit dem des Erben zu einer Maſſe durch das Zuſammentreffen mit den Gläubigern des Erben Gefahr laufen, in Anſehung ihrer Forderungen verkürzt zu werden[a]). Dies in dem römiſchen Recht begründete beneficium separationis oder indemnitatis[b]) haben die Erbſchaftsgläubiger gegen den Erben oder vielmehr deſſen Gläubiger[c]), inſofern ſie daſſelbe bei der competenten Behörde[cc]) innerhalb einer Friſt von 5 Jahren[d]), welche von dem Antritt der Erbſchaft zu rechnen iſt[e]), nachgeſucht[f]) und ausgewirkt[g]) haben; vorausgeſetzt, daß nicht inmittelſt 1) von ihnen der Erbe als Schuldner anerkannt[h]); 2) eine Trennung der Erbmaſſe von dem Vermögen des Erben unmöglich geworden iſt[i]); unter dieſen Vorausſetzungen aber auch alle Erbſchaftsgläubiger[k]) und unter gewiſſen Umſtänden der Erbe ſelbſt[l]). Der Gegenſtand der geſuchten Separation iſt das Vermögen, welches dem Erben vermöge der Univerſalſucceſſion zugefallen iſt[m]), und zur Zeit der nachgeſuchten Separation von dem Vermögen des Erben noch abgeſondert werden kann[n]). Die

Wirkung des nachgeſuchten und erlangten benef. separat. beſteht in Folgendem: 1) Von der Erbſchaft kommt nicht eher etwas an den Erben oder deſſen Gläubiger[nn]), als bis alle Erbſchaftsgläubiger wegen Hauptſtammes, Zinſen[o]) und Koſten[p]) befriedigt worden ſind; 2) in Anſehung der Rechte der Erbſchaftsgläubiger ſelbſt wird nichts geändert[q]), ſie kommen alſo in der geſetzlich vorgeſchriebenen Ordnung zur Perception aus dem Nachlaß. Namentlich ſtehen die Legatarien[r]) und die, deren Forderung aus Schenkung auf den Todesfall[s]) ſich herſchreibt, den übrigen nach; 3) die Erbſchaftsgläubiger haben, wenn ſie aus dem Nachlaß nicht vollſtändig befriedigt worden ſind, keinen Regreß an das eigne Vermögen des Erben[t]). — Dagegen ſteht den Gläubigern eines Erben in der Regel kein Recht zu, eine Abſonderung des Vermögens ihres Schuldners von einer dieſem zugefallenen Erbſchaft zu verlangen[u]).

a) l. 1. §. 1. D. de separat. l. 2. 7. C. de bon. ant. jud. poss.

b) Und zwar durch das prätoriſche Recht, l. 1. pr. D. de sep.; vgl. C. P. Richter de jure et privileg. credd. Jen. 1656. cap. 1. m. 2. Lauterbach de separat. Tubing. 1653. in diss. vol. III. n. 126. Leyſer sp. 489. J. L. Schmidt Abhandl. von Separatiſten in geiſtlichen und weltlichen Sachen. Jena 1788. Th. 2. §. 7—33. Schweppe §. 846. und deſſen Syſtem des Concurſes der Gläubiger §. 149. 150. Dabelow ſyſt. Erläut. der Lehre v. Concurs der Gläubiger III. 9. deſſen Entwickelung der Lehre v. Concurs der Gläubiger c. 12. S. 346. ff. Mühlenbruch doctr. pand. §. 701. F. G. Müller de jure separat. diss. l. L. 1815. D. M. Stübel de jure separat. quaestiones tres. L. 1822. Reinhardt Ordn. der Gläubiger im Concurs §. 48—59. (wichtig, weil daſelbſt die von dem ehemaligen Appellationsgericht in einem berühmten bei Gottſchalk disc. II. 5. S. 53. a. E. erwähnten Creditweſen ausgeſprochenen Grundſätze aufgeſtellt werden. J. W. II. 18. Daß die in dem römiſchen Recht über benef. separat. aufgeſtellten Grundſätze noch h. z. T. Gültigkeit haben, iſt nicht zu bezweifeln; wenn gleich J. T. Carrach. in diss. de different. juris rom. et german. in benef. separat. Hal. 1711. der Meinung iſt, daß bei der Erbfolge des deutſchen Rechts, bei welchem der Erbe nie ultra vires hereditatis gehalten werde, das benef. separat. theils unnöthig, theils nur unter Modificationen anwendbar ſey. In Sachſen iſt daſſelbe ausdrücklich anerkannt in dem Geſ. v. 23. Januar 1836. (GS. n. 6.) §. 7.

c) Denn wenn der Erbe keine Gläubiger haben ſollte, fällt für die Gläubiger des Erblaſſers das Intereſſe an der Separation weg, d. l. 1. §. 1. l. 6. pr. h. Lauterbach cap. 3. §. 12. Ob gegen einen Dritten, wie den Käufer der Erbſchaft, Separation geſucht werden könne? ſ. not. i.

cc) l. 1. §. 14. h. Dies iſt der judex domicilii des Erben. Lauterbach diss. l. I. 6. Müller diss. l. §. 15. Stübel I. 3. Nur dann würde das forum domicilii des Erblaſſers zu berückſichtigen ſeyn, wenn der Erbe noch nicht in dem Beſitz des Nachlaſſes ſich befände; vgl. die Conv. mit Preußen wegen gegenſeitiger Rechtshülfe, v. 20. Novbr. 1839. (GS. n. 93.) §. 26. n. 3.

d) l. 1. §. 13. D. de separat. Carpzov p. II. c. 3. def. 4. IV. resp. 18. Stübel I. §. 4—9. Reinhardt §. 51. A. M. iſt Carrach diss. l. §. 15., aber freilich bloß für das ſeiner Anſicht zu Folge nach Grundſätzen des deutſchen Rechts zu beurtheilende Separationsrecht, welches perpetuum ſeyn ſoll. Daß gegen Ablauf dieſer kurzen Verjährung Reſtitution Statt finde, ſ. Reinhardt §. 51. Stübel l. l. Früher würde das benef. separat. auch in Folge der Präcluſion verloren gehen, in Anſehung der Erbſchaftsgläubiger, welche auf vorherige Edictalcitationen nicht liquidirt haben. Nur muß die Edictalcitation auch zugleich auf die Erbſchaftsgläubiger gerichtet geweſen ſeyn; vgl. Stübel diss. l. I. 3. II. 5.

e) d. l. 1. §. 13. Dies nahm nach Stübel qu. 2. §. 4. das Appellationsgericht in dem erwähnten Creditweſen an. Unrichtig iſt es, wenigſtens nach dem Erbg. §. 124, wenn ebendaſ., ingl. bei Reinhardt §. 51., geſagt wird, daß nach Ablauf des 30ſten Tages die Erbſchaft für angetreten zu achten ſey. Dagegen wird mit Recht bemerkt, daß der Streit über das Erbrecht dem Ablauf der fünfjährigen Verjährung nicht im Wege ſtehe, wie Brunnemann ad tit. D. de separat. n. 24. und Müller ad Struve Ex. XLIV. §. 65. not. α. meinen.

f) l. 1. §. 1. D. h. l. 2. 7. C. de bon. aut. jud. poss. Struben r. Bed. IV. 101. (773. ed. 2.) Schmidt a. a. O. §. 29. Daß alle Erbſchaftsgläubiger Separation nachſuchen, iſt nicht nöthig. Der eine kann innerhalb der geſetzlichen Friſt dem Antrag des andern adhäriren; und wäre von dem Richter Edictalcitation ad eruendos creditores hereditarios erlaſſen worden, ſo würde ſchon das Angeben und Liquidiren in dieſem Termin als Antrag auf Separation gelten. Aber immer kommt separatio nur denen zu Statten, welche ſie nachgeſucht haben. A. M. iſt Brunnemann ad h. t. n. 24.; vgl. aber dagegen Stübel I. §. 1. Unrichtig iſt es, daß das von dem Erben nachgeſuchte benef. inventarii das Geſuch um Separation von Seiten der Gläubiger unnöthig mache, da jenes beneficium die confusio patrimonii nur in dem Intereſſe

des Erben zu hindern beſtimmt iſt. A. Faber err. pragm. II. 2. Schilter Ex. LVI. §. 47. Stübel diss. l. pr. 1. 2. Reinhardt §. 57. Fritz im Archiv XII. 12. §. 6. Schweppe a. a. O. S. 186. A. M. ſind jedoch Lauterbach diss. l. I. §. 2. 3. Mävius VII. dec. 248. Carrach §. 10. 13. Schmidt von Separat. §. 29. Müller §. 12.

g) Daß caussae cognitio erforderlich iſt, folgt aus l. 1. pr. D. h. l. 2. C. de bon. ant. jud. poss. Sie wird ſich vornehmlich darauf erſtrecken, ob der Erbe ſelbſt Gläubiger hat, und zu Befriedigung derſelben ſein Vermögen zureicht. Stübel l. §. 2. Allein eine ausführliche Erörterung dieſes Umſtandes kann der Natur der Sache nach unmöglich Statt finden; und iſt auch in der That, da durch die Separation im Grunde Niemand Unrecht geſchieht, gar nicht nöthig. Man kann daher eigentlich wohl ſagen, daß separatio in der Regel immer verfügt werden müſſe, und nur dem Erben frei bleibe, das durch die Separation behinderte Recht über die Erbſchaft zu disponiren durch Sicherſtellung der Erbſchaftsgläubiger wieder zu erlangen.

h) l. 1. §. 10. 15. D. h. l. 2. C. de bon. ant. jud. poss. Streitig iſt wegen l. 8. C. de novat., ob nur wegen ausdrücklicher Erklärung, den Erben als Schuldner anzuerkennen, das benef. separat. ausgeſchloſſen werde? vgl. Stübel diss. l. qu. 3. Reinhardt §. 53., welche mit Recht dieſe Frage verneinen; vgl. auch Schmidt Rechtsſpr. n. 97. Weſtphal Rechtsgutachten. n. 207.

i) l. 1. §. 12. l. 2. D. h. Auch hierauf bezieht ſich die caussae cognitio, d. l. 1. §. 13. Lauterbach IV. §. 3. 4. VII. 2. Leyſer sp. 1. m. 1. 2. Schmidt §. 27. Müller §. 10. Reinhardt §. 52. Die unter den Erben bereits erfolgte Theilung der Erbſchaft ſchließt benef. separat. nicht aus; Stübel l. §. 4. 5. Dagegen iſt Separation ausgeſchloſſen, wenn die Erbſchaft verkauft worden iſt, l. 2. D. h. l. 2. C. de her. vel act. vend., obwohl vorausgeſetzt wird, daß keine suspicio fraudis vorkomme, und jeden Falls die Erbſchaftsgläubiger die Separation des Kaufgelds ſo weit als thunlich verlangen können; Stübel l. 6. Reinhardt §. 52. Ob nicht wenigſtens nach heutigem Recht gegen den Käufer, der die Erbſchaftsſchulden übernommen hat, das benef. separat. geltend gemacht werden könne? iſt zweifelhaft. Bejahet wird dieſe Frage von Reinhardt a. a. O. Gottſchalk disc. II. 5. Verneint von Stübel l. l., weil das benef. nur gegen die Gläubiger des Erben geltend gemacht werden könne (was indeß eigentlich eine petitio principii ſcheint), und weil der Käufer für die Erbſchaft das Aequivalent aus dem eignen Vermögen gezahlt habe. Noch weit weniger wird das benef. separat. einen Kauf über einzelne Erbſchaftsſachen ungültig machen können, Mül-

ler ad L. obs. 805.; vielmehr bleibt hier bloß eine revocatio mittelſt der actio Paulliana in geeigneten Fällen denkbar. Wäre die Erbſchaft ohne Aequivalent veräußert worden, ſo läge offenbar suspicio fraudis vor; vgl. §. 585. dec. 25. v. J. 1746. Ueberhaupt kann noch die Frage aufgeworfen werden, ob, wenn betrügliche Abſicht nachgewieſen wird, eine Revocation durch actio Paulliana Statt finde, oder nur die Folge eintrete, daß das jus separationis auch gegen den Käufer geltend gemacht wird? Nach der angeführten l. 2. D. separat. ſcheint das Letztere das richtigere.

k) Alſo auch Legatarien, l. 4. §. 1. 6. D. h. l. 1. C. de bon. ant. jud. poss. Mävius VII. dec. 246. Lauterbach diss. l. III. §. 4. 5. Was andre Gläubiger des Erblaſſers ſelbſt anlangt, ſo iſt die Liquidität der Forderung eben ſo wenig als eine bereits fällige Forderung nöthig, um das benef. separat. geltend zu machen; l. 4. pr. D. h. Richter l. l. n. 25. Lauterbach III. §. 2. 4. Leyſer sp. 489. m. 6. Müller §. 4. in fin. Reinhardt §. 49. Beſtritten iſt, ob hypothekariſche Gläubiger des Erblaſſers das benef. separat. in Anſpruch nehmen können. Richter l. l. n. 30. Lauterbach III. 8. Schmidt §. 19. 20. Müller §. 3. Stübel I. §. 5. Reinhardt §. 49., welche überhaupt allen Gläubigern des Erblaſſers ohne Unterſchied das benef. separat. zugeſtehen. Andrer Meinung, weil ſolche Gläubiger des benef. separat. nicht bedürfen, waren Struve syntagm. jur. XXXVI. 14. Carpzov I. 28. 10.; vgl. über dieſen Punkt A. P. Frick lib. sing. de debitoris demortui creditoribus hypoth. ad separat. benef. admittendis. Helmst. 1783. Unſtreitig verdient die erſtere Meinung den Vorzug, da die Geſetze nicht unterſcheiden, und die ratio utilitatis allein keine Ausnahme begründet. Es fragt ſich, ob auch Notherben, welche Anſpruch auf den Pflichttheil oder deſſen Ergänzung machen, deshalb benef. separat. nachſuchen können? Auch dieſe Frage wird bejahet von Richter l. l. n. 42. ff. Schmidt §. 10. Müller §. 2. A. M. iſt Lauterbach III. 6., nicht als ob er annehme, daß die Notherben des Erblaſſers den Gläubigern des Miterben nicht vorgingen, ſondern weil er glaubt, daß die Notherben, als Miterben, ihren Pflichttheil nur durch die Erbtheilungsklage zu fordern berechtigt ſeyen.

l) Hierher gehört 1) der Fall, der l. 6. §. 1. D. h., wenn ein Fiduciar gezwungen die Erbſchaft angetreten hat, und nachher der Fideicommiſſar dieſelbe nicht annehmen will oder kann; vgl. Schweppe S. 184. not. b. Reinhardt §. 49.; vgl. §. 805. not. b. 2) In dem Fall der Miterben, wenn einer derſelben den Antheil des andern beſitzt. Cramer obs. l. 126. Müller §. 2.; vgl. auch Stübel I. 5. Reinhardt §. 56. Außerdem kann auch der Erbe, der ſelbſt Forderungen an den Erblaſſer und von dem beneficium inventarii Gebrauch gemacht hat, unter den ſepariren-

den Gläubigern auftreten. Lauterbach III. §. 7. Schmidt §. 11.

m) Dahin gehört auch das incrementum hereditatis, inſofern es aus dem Nachlaß ſelbſt erwächſt, l. 5. D. h. Lauterbach IV. 1. Schweppe S. 186. c. Dagegen bezieht ſich das benef. separat. nicht auf das, was der Erbe titulo singulari von dem Erblaſſer erworben hat, Lauterbach l. l. §. 2. Schmidt §. 13. Reinhardt §. 55. Und eben ſo wenig auf Gegenſtände, welche, wie Lehen und Familienfideicommiſſe, gar nicht beneficio defuncti an den Erben gelangt ſind, Carpzov I. dec. 73. Lauterbach IV. 2. Stübel I. §. 7. Reinhardt §. 57.

n) Dies hindert aber nicht, daß in Anſehung desjenigen Theils des Nachlaſſes, der noch abgeſondert werden kann, separatio eintrete; vgl. not. i.

nn) Dieſe Wirkung wird im Allgemeinen dadurch bezeichnet, daß aus der vereinigten Maſſe zwei verſchiedene Maſſen gebildet werden, l. 1. §. 1. D. h., alſo die erfolgte confusio auch in Beziehung auf die Gläubiger aufgehoben wird. Lauterbach VI. 1. Stübel I. 3. Es kommt in Betracht, weder die Qualität des Erben, ob er Teſtaments- oder geſetzlicher Erbe, oder auch heres ex pacto, der Erbe des Erben, l. 1. §. 8. D. h., ferner bei Teſtamentserben Erbe des erſten Grads oder ſubſtituirt; vgl. l. 1. §. 7. 8. D. h., iſt; vgl. Lauterbach III. §. 9. 10.; noch die Qualität der Gläubiger deſſelben, ob ſie Bevorzugte ſind oder nicht; Lauterbach l. l. Schmidt §. 22. 23. Leyſer l. l. m. 4—6. Bülow und Hagemann Erört. VI. 40. Reinhardt §. 48. Auch der Gläubiger des Erben, dem von letztern an einer Erbſchaftsſache ein Pfandrecht beſtellt worden ſeyn ſollte, muß den Erbſchaftsgläubigern nachſtehen; l. 1. §. 3. D. h. Ueber den Fall, wenn der Hauptſchuldner Erbe des Bürgen geworden iſt, ſ. l. 3. pr. D. h. Auch hier ſteht, wenn gleich eigentlich die Nebenverbindlichkeit dem ſtrengen Recht nach aufgehört hat, dem Gläubiger beneficium separationis an den Nachlaß des Bürgen zu.

o) Lauterbach VI. 1. Mävius VII. dec. 249.

p) Leyſer l. l. m. 3. Stübel diss. l. I. 3. Reinhardt §. 59.

q) Schmidt a. a. O. §. 3. 8.

r) l. 6. D. h. l. 1. C. de bon. ant. jud. poss. l. 22. §. 5. C. de jure delib. l. 40. 42. D. de O. et V. Aber natürlich nur ſolche, denen in dem letzten Willen des Erblaſſers ein Legat hinterlaſſen worden iſt, nicht die, denen der Erblaſſer ein Legat ſchuldete, l. 1. C. de bon. ant. jud. poss. Lauterbach VI. 2. Dieſen klaren Satz hat Fritz im Arch. für civ. Pr. XII. 12. durch mancherlei Unterſcheidungen zweifelhaft gemacht, auf welche indeß hier um ſo weniger eingegangen werden kann, als davon für das heu-

tige, namentlich ſächſiſche, Recht wenig oder kein Nutzen zu erwarten iſt.

s) d. l. 22. §. 5. j. l. 37. D. l. ult. C. de M. C. don. Was Schenkungen inter vivos betrifft, ſo ſind die Anſichten verſchieden. Nach Ziegler zur A. P. O. Tit. L. 1. Leyſer sp. 491. m. 6. ſollen auch ſie den Gläubigern, quibus ex caussa onerosa debetur, nachſtehen; a. M. iſt Schweppe Concurs §. 79., der jedoch wieder den Fall der donat. omnium bonorum ausnimmt. Die ratio der l. 22. §. 5. paßt allerdings auch auf dona, Schenkungen inter vivos, deren Gegenſtand einzelne Sachen ſind. Aber daß dieſe ratio nicht allgemein iſt, folgt ſchon daraus, daß Vermächtniſſe, welche der Erblaſſer ſchuldete, den übrigen Forderungen gleichgeſtellt werden; vgl. not. r.

t) l. 1. §. 17. l. 5. D. h. Wenigſtens nicht eher, als bis auch die Gläubiger des Erben vollſtändig abgefunden worden ſind, l. 3. §. 2. ib. Ausnahme gilt in dem not. nn. erwähnten Fall der l. 3., in welchem den Erben des Gläubigers, die aus dem ſeparirten Nachlaß des Erben nicht vollſtändig befriedigt worden ſind, auch noch der Regreß an das Vermögen des als Erben des Bürgen eingetretenen Hauptſchuldners zuſteht. Eine andre Ausnahme kann in Folge der restitutio in integrum eintreten. Es fragt ſich aber, ob es derſelben bedarf, wenn die Erbſchaftsgläubiger re adhuc integra, d. h. ehe die Maſſe an ſie vertheilt worden iſt, entſagen? Auf dieſen Fall iſt l. 1. §. 17. nicht zu beziehen; vielmehr ſcheint die Frage bejahet werden zu müſſen; natürlich ſo, daß die Koſten der vergeblich geſuchten separatio allein die Erbſchaftsgläubiger treffen. Daß, wie Carrach §. 16. meint, nach Grundſätzen des deutſchen Rechts der angegebene Satz überhaupt nicht gelte, iſt unerweislich. Vgl. übrigens Lauterbach VI. §. 3. 4. Schmidt §. 8. 9. Reinhardt §. 50. Müller §. 5. 6. Schweppe S. 186. Aus der aufgeſtellten Regel ſcheint aber auch zu folgen, daß die Erbſchaftsgläubiger den Erben ſelbſt dann nicht in Anſpruch nehmen können, wenn er von dem benef. inventarii keinen Gebrauch gemacht hat. Schon hierdurch wird das, was von Fritz a. a. O. vorgebracht worden iſt, größtentheils beſeitigt.

u) l. 1. §. 2. 5. 8. D. h. Ausnahme gilt in dem Fall des §. 6.; vgl. not. l. Schmidt §. 12. 15. 16. 17. Müller §. 13. Reinhardt §. 49. Schweppe S. 184.

§. 919.

B) Insbeſondere iſt für den Fall, wenn mehrern Perſonen eine Erbſchaft deferirt worden iſt, zu bemerken: 1) daß hier für die, welche angetreten haben, das jus accrescendi nach gemeinem Recht unbeſchränkt[a]), nach ſächſiſchem Recht

aber nur unter gewiſſen Umſtänden [b]) eintritt. 2) Daß jeder der Miterben, welcher die deferirte Erbſchaft annimmt, nur pro rata ſeines Erbtheils Rechte erwirbt und Verpflichtungen übernimmt [c]). Daher wird in einem ſolchen Fall namentlich die Wirkung der confusio beſchränkt [d]). Jeder Erbe kann rückſichtlich ſeines Erbtheils beliebig verfügen, ohne dadurch dem Andern zu ſchaden oder zu nützen [e]), wie er denn auch für ſeine Perſon von dem beneficium inventarii Gebrauch machen kann, wenn gleich der Andre deſſelben ſich nicht bedient hätte [f]). Vornehmlich aber iſt zu berückſichtigen, daß 3) hier der Fall eintritt, in welchem Theilung der Erbſchaft in Frage kommt [g]).

a) §. 890—895. Ob jus accrescendi auf den Käufer der Erbſchaft übergehe, iſt auch hier wieder die Frage; vgl. IV. §. 1373. Glück Comm. XVI. §. 1014. XLIII. §. 1499. S. 348.

b) §. 893.

c) l. 1. 2. C. si unus ex plur. her. l. 3. C. fam. erc. l. 1. C. si cert. pet. l. 1. 2. C. de hered. act. l. 26. C. de pact. l. 10. C. de jure delib. l. 45. §. 1. D. de her. inst. l. 85. §. 1. D. de V. O. Schweppe §. 859. Was die Verpflichtungen der Erben anlangt, ſo ſollen dieſe in solidum haften, wenn der Gegenſtand der Verpflichtung etwas Untheilbares iſt, l. 2. §. 2. l. 85. D. de V. O. l. 17. D. de servitut. l. 25. §. 10—13. D. fam. erc.; vgl. Ribbentrop z. Lehre von den Correal-Obligationen. Göttingen 1831. §. 21. ff. Schweppe a. a. O. Daß der Erblaſſer die Erben ſolidariſch verpflichten könne, ſ. Stryck caut. cont. 3. 4. §. 6. 7. Ribbentrop §. 18.

d) l. 24. 49. §. 1. l. 50. D. de fidejuss. l. 14. C. de R. V. l. 7. C. de bon. ant. jud. poss. Mävius I. dec. 105. Dies kann, wenn de facto defuncti praestando die Rede iſt, zu manchen Verwickelungen führen; vgl. einen hierher gehörigen Fall bei Hommel obs. 280. Was der Erbe an Erbtheil zu fordern hat, kann durch Compenſation mit dem, was er an den Nachlaß ſchuldet, vermindert werden; vgl. J. Fl. Rivinus de compensat. inter coheredes. L. 1728., woſelbſt §. 13. namentlich die Frage aufgeworfen wird, ob und in wie weit in dem Fall, wenn dem Miterben eine species prälegirt oder als Erbtheil angewieſen worden iſt, den übrigen Miterben ein Retentionsrecht zuſtehe, bis jener das, was er dem Nachlaß ſchuldet, gezahlt hat? In dem l. l. erwähnten Fall ward nach der Meinung der Juriſten-Fac. und des Schöppenſtuhls zu Leipzig das Retentionsrecht ausgeſchloſſen, weil der bedachte Miterbe in Concurs verfallen war, und die beſchiedene

Sache zur Concursmaſſe gefordert wurde. Hier entſchied alſo der Umſtand, daß jus retent. in concursu credd. nicht geltend gemacht werden kann. Abgeſehen hiervon ſcheint aber jus retent. im Allgemeinen ſtatthaft, und am wenigſten dadurch ausgeſchloſſen, daß das Eigenthum der beſchiedenen Sache ipso jure auf den Miterben übergegangen war. Vgl. Pufendorf III. obs. 186.

e) l. 1. §. 6. D. de pact. l. 63. pr. D. de re jud. l. 3. 1. C. inter alios acta etc. Inwiefern das pact. remissorium, welches ein Miterbe eingegangen hat, den andern Miterben zu Statten komme? ſ. Breuning quatenus pact. de remittendo ab uno coherede initum reliquis possit etc. L. 1768. Etwas Anderes gilt, wenn ein Miterbe nomine hereditatis gehandelt hat, l. 19. D. Fam. erc.

f) l. 22. §. 1. C. de jure del. Eben ſo wird auch gegen einen von mehrern Miterben das beneficium separat. nachgeſucht werden können.

g) So lange die Miterben in communione verbleiben, beſteht zwiſchen denſelben eine obligat. quasi ex contractu, §. 3. 4. I. de obl. quae quasi ex contr.; vgl. l. 25. §. 16. D. Fam. erc. und Handb. IV. §. 1501. Mühlenbruch §. 711. Schweppe §. 861. Ueber Theilung der Erbſchaft I. Voet. de fam. erciscunda. Ultraject. 1672. Glück XI. §. 729. ff.

§. 920.

Es kommt hierbei zuförderſt das Recht auf die Theilung der Erbſchaft zu provociren [a]) in Betracht. Da den ſämmtlichen Erben an allen und jeden zur Erbſchaft gehörigen Stücken ein Miteigenthum nach Verhältniß ihrer Erbantheile zuſteht, ſo folgt von ſelbſt, daß keiner derſelben in dieſer Gemeinſchaft zu bleiben verbunden ſey, ſondern jeder Miterbe vermöge ſeines Eigenthumsrechts die Theilung der Erbſchaft verlangen könne [b]).

a) l. 43. D. de fam. ercisc. Daß für Minderjährige nur der Vormund und auch dieſer nur mit obervormundſchaftlicher Genehmigung auf Theilung provociren könne, folgert man aus B. D. XVI. 15., obgleich daſelbſt nur von Theilung von Immobilien die Rede iſt.

b) l. 5. C. comm. divid. Hat der Erblaſſer ſelbſt in ſeinem letzten Willen die Stücke angegeben, welche jeder Erbe zu ſeinem Erbtheil erhalten ſoll, ſo bedarf es zwar keiner weitern Theilung, l. 33. l. 39. §. f. D. fam. ercisc. l. 11. C. eod.; doch dürfen ſolchenfalls diejenigen, welchen der Pflichttheil gebührt, nicht darin ver-

letzt ſeyn, widrigenfalls ſie auf deſſen Ergänzung klagen können. Uebrigens kann der Erblaſſer die Theilung nicht unbedingt, ſondern nur mit gewiſſen Beſchränkungen, z. B. auf eine gewiſſe Zeit, und auch hier nur ſo, daß die Notherbenrechte nicht verletzt werden; vgl. §. 702., verbieten; vgl. l. 14. §. 3. l. 5. C. comm. div. Breuning an prohibitio patris in test. de non dividenda hered. cum matre coherede impediat. divis. L. 1772. Quiſtorp Beitr. n. 30. Glück Comm. XI. §. 727. n. 21. Aus dem ſächſ. Recht iſt noch eine Beſchränkung des Rechts zu theilen hinzuzufügen, welche in dem Gen. v. 16. Septbr. 1746. (C. A. C. I. 1. 361.) zu Gunſten der Vermächtniſſe ad pias caussas ausgeſprochen wird. Theilung der Erbſchaft ſoll nicht eher erfolgen, als bis dieſe Legate bezahlt oder deponirt worden ſind.

§. 921.

Die Erbſchaftstheilung kann 1) ſowohl gerichtlich als außergerichtlich geſchehen [a]; aber 2) allemal iſt es nothwendig, daß, wenn Minderjährige oder Weibsperſonen concurriren, deren ſchon beſtellte, oder noch hierzu beſonders zu beſtellende Vormünder und Curatoren dabei zugezogen werden [b]; 3) gleichergeſtalt muß auch denjenigen Erben, welche abweſend ſind, oder von dem Erbanfalle gar keine Wiſſenſchaft erlangt haben, ebenfalls ihr Erbtheil ausgeworfen, und zu dem Ende, dafern ſie nicht zu allen ihren rechtlichen Angelegenheiten einen Bevollmächtigten beſtellt haben, hierzu ein beſonderer Vormund beſtätigt werden [c]. 4) Wie es auf den Fall, da der Erblaſſer mit Hinterlaſſung eines ſchwangern Eheweibes verſtorben, in Abſicht auf die Erbtheilung zu halten ſey, ſ. oben Th. I. §. 53. und oben §. 897. not. h. [d]).

a) Berger Oec. L. III. T. VI. th. 3. not. 9. Die Koſten der Erbtheilung ſind im Allgemeinen aus der Maſſe zu beſtreiten; vgl. Gmelin und Elſäſſer Beobacht. und Rechtsf. I. 16.; vgl. l. 6. §. 1. D. si pars hered. pet.

b) Vormundſch.-Ordn. Cap. II. §. 7. Cap. XXII. §. 2. Vgl. Conſt. 14. p. III. Berger a. a. O. not. 13. Curatelgeſetz v. 10. Novbr. 1828. §. 3. n. 3. J. W. V. 72.; vgl. Geſ. v. 8. Januar 1838. GS. n. 7.

c) Vorm.-Ordn. Cap. 25. Berger a. a. O. not. 11.

d) Ob die daſelbſt angeführten Geſetze auch auf den Fall anwendbar ſeyen, wenn nicht von einem posthumus des Erblaſſers, welcher als Erbe eintritt, die Rede iſt, darüber ſind die Rechtslehrer nicht

einverſtanden; vgl. l. 1. §. 5. D. si pars hered. Glück VIII. §. 572. S. 8. not. 16.

§. 922.

Wenn eine Verlaſſenſchaft getheilt werden ſoll, ſo iſt AA) zuvörderſt deren eigentlicher Beſtand auszumitteln, und zu dem Ende 1) ein Inventarium oder Verlaſſenſchaftsverzeichniß zum Grunde zu legen [a]); ſodann müſſen 2) alle diejenigen Sachen, welche nicht in gemeine Theilung kommen, wohin z. B. Lehngüter, ehedem auch Gerade und Heergeräthe [b]), gehören, von der Erbſchaft abgeſondert werden [c]). Nächſtdem iſt auch 3) dahin zu ſehen, ob nicht ein oder der andere Erbe vermöge letztwilliger Verordnung oder geſetzlicher Vorſchrift dasjenige, was er vom Erblaſſer bei deſſen Lebzeiten erhalten, in die Erbmaſſe einzuwerfen ſchuldig ſey.

a) Ein zum Behuf der Erbtheilung aufzunehmendes Inventarium bedarf nicht, wie das, welches zum Schutz gegen die Anſprüche der Nachlaßgläubiger aufgenommen wird, der §. 914. erwähnten Form; wohl aber muß es, wie dieſes, ein vollſtändiges Verzeichniß der zu dem Nachlaß gehörigen Gegenſtände, welche auf die Erben übergehen, enthalten. Es kommt dabei nichts darauf an, ob dieſe Gegenſtände unter den Nachlaßeffecten ſelbſt oder in dem Beſitz eines Dritten, wie res commodatae, depositae oder verpfändete Sachen ſich befinden. Auch gehören natürlich die Acceſſionen und andre Sachen hierher, welche ſpäter zu dem Nachlaß gekommen ſind, l. 9. 11. 12. §. 1. 3. l. 16. §. 3. l. 22. pr. D. fam. erc.; wenigſtens müſſen ſolche ſpäter hinzugekommene Sachen in die das Inventarium ergänzende Verwaltungsrechnung aufgenommen werden; vgl. Büchel Erört. II. 2. §. 4. S. 230. Auch diejenigen Gegenſtände ſind nicht auszuſchließen, an welchen den Erben nur ein bedingter Anſpruch zuſteht. Dahin gehören außer den Gegenſtänden, in Anſehung deren der Teſtirer ſelbſt nur einen bedingten Anſpruch hatte, l. 12. §. ult. D. ibid., legata sub conditione relicta, die freilich, wenn die Bedingung eintritt, unter welcher ſie legirt worden ſind, wiederum in Ausgabe geſtellt werden müſſen, l. 12. §. 2. D. fam. erc.

b) Hingegen werden die bei des Erblaſſers Ableben bereits erhobenen Lehnsnutzungen unter die Landerben vertheilt. Folglich erhalten ſie 1) die fructus naturales, wenn ſie innerhalb des 30. nach des Erblaſſers Tode erhoben worden; 2) die fructus industriales, ſofern noch bei des Erblaſſers Lebzeiten die meiſte Arbeit dabei verrichtet worden; 3) die fructus civiles, wenn ſolche einen gewiſſen

beſtimmten Zahlungstermin haben, und dieſer noch vor Ablauf des 30ſten nach des Vaſallen Tode eintritt. Conſt. 32. P. III. Pachtgelder hingegen erhalten die Landerben nur dann, wenn auf die Erbauung der Früchte bei des Vaſallen Lebzeiten die meiſte Arbeit ſchon verwendet worden. Hommel Obs. 129.; vgl. Kind I. qu. 18. 56. Zachariä Lehnr. §. 210—218. Etwas Aehnliches gilt von den Gegenſtänden, an welchen dem Erblaſſer bloß der usus-fructus oder usus zuſtand; vgl. §. 1038.

c) Ausgeſchloſſen bleiben natürlich auch 1) fremde Sachen, l. 25. §. 8. D. fam. erc. l. 7. §. 11. D. comm. divid., das Einbringen der Ehefrau, das Vermögen der Kinder, res commodatae oder depositae; wogegen verpfändete Sachen allerdings aufzuzeichnen ſind, d. l. 29. D. fam. erc. Ueber Sachen, deren Beſitz durch eine unerlaubte Handlung erworben worden iſt, l. 4. §. 2. D. fam. erc. Res communes gehören zu dem dem Erblaſſer zuſtändigen Antheil in das Nachlaßverzeichniß, l. 25. §. 6. l. 52. pr. D. fam. erc. 2) Sachen, über welche der Erblaſſer vermächtnißweiſe disponirt hat, mit der not. a. bemerkten Beſchränkung in Anſehung der legata sub conditione relicta. Insbeſondere Gegenſtände, welche piis caussis u. öffentlichen Anſtalten vermacht worden ſind; vgl. Reſcr. v. 16. Septbr. 1746. C. A. C. I. 1. 361.

§. 923.

Unter der Einwerfung (collatio) verſteht man die Verbindlichkeit eines Erben, dasjenige, was er vom Erblaſſer bei deſſen Lebzeiten bereits erhalten hat, mit zur Erbmaſſe zu rechnen, und ſolchergeſtalt in gemeine Theilung zu bringen, oder, welches auf eins hinauskommt, an ſeinem Erbtheile ſich abkürzen zu laſſen [a]). I. Die Perſonen, welchen dieſe Verbindlichkeit obliegt, ſind lediglich die Deſcendenten des Erblaſſers, ohne Unterſchied des Grades und Geſchlechts [b]); auch kommt nichts darauf an, ob ſie demſelben vermöge eines Teſtaments, oder ab intestato ſuccediren [c]). Hingegen ſind des Erblaſſers Adſcendenten und Seitenverwandte [d]), wie auch Perſonen, welche, ohne Verwandte zu ſeyn, ſuccediren, hierzu nicht verbunden [e]).

a) Titt. D. et C. de collat. G. A. Brunner de collat. bonor. L. 1610. u. 1718. Joh. Curtius D. de collatione bonorum. Lips. 1613. Carpzov ad c. 11. p. III. def. 14. sqq. A. Eckolt de collat. bon. L. 1658. Zoller de jure conferendi. L. 1765. Franckenſtein de collat. bon. generali. L. 1721. J. Voet. de fam. ercisc. c. 8. Gottfr. Aug. Hoffmann

D. (praes. I. H. Boehmero) de conferendis bonis secundum jus Saxonicum Elect. Hal. 1734. in Böhmers Exerc. ad Pand. T. V. n. 81. Stryck de success. ab intest. diss. XI. A. Vinnius tr. de collat. Ultraject. 1697. J. A. Beck tr. novus de collat. bon. oder von Einwerfung der Güter. Nürnberg 1742. Gottfr. Mascov D. de collat. bonor. Lips. 1742. A. F. S. Green Pr. Quaestiones quaedam de collatione bonorum. Lips. 1773. K. A. Buchholz Verſuche über verſchiedene Rechtsmaterien. Lübeck 1808. n. IV. K. Pfitzer über die Collation der Deſcendenten. Stuttg. 1807. K. F. Reinhardt die Lehre von der Einwerfung des Vorempfangs der Verwandten in abſteigender Linie nach röm. und würtemb. Recht. Stuttg. 1818. Francke civiliſt. Abh. Göttingen 1826. n. 4. Schweppe §. 862—866. Mühlenbruch doctr. pand. §. 712—714. E. Fein, das Recht der Collation nach Grundſ. des r. Rechts. Heidelb. 1842. Ueber das Geſchichtliche Unterholzner hist. jur. rom. de collationibus. Altorf. 1809. Das Inſtitut der collatio gehört zu denen, welche in dem Verfolg der Zeit eine ganz andere Richtung erhalten haben, als ſie urſprünglich hatten. Sie ward bekanntlich durch das prätoriſche Recht zu einer Zeit eingeführt, zu welcher die in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder Alles, was ſie erwarben, dem Vater erwarben, und außer dem ſpäter eingeführten peculium castrense nichts Eignes beſaßen, gleichwohl aber mit den suis zugleich, in Folge des prätoriſchen Edicts, die emancipati ab intestato ſuccedirten. In dieſem Fall entſtand eine Ungleichheit zwiſchen den verſchiedenen Deſcendenten inſofern, als die emancipati das nach der Emancipation Erworbene für ſich behielten, und dennoch gleiche Theile mit den suis von der väterlichen Verlaſſenſchaft empfingen. Dieſe Ungleichheit zu beſeitigen, war Zweck der alten prätoriſchen Collation, über welche zu vergleichen außer einer wohlgeſchriebenen Abhandlung von Marsmann collatio bonorum praetoria ex juris antiquioris veterisque Jurisprud. fontibus eruta. Giess. 1667. Roßhirt Erbrecht §. 28. S. 414. Förſter de bonor. poss. liberor. praeter. §. 109—118. p. 354. ff. Der Gegenſtand derſelben war das ganze Vermögen des Emancipirten, mit alleiniger Ausnahme des peculium castrense. Es fand dieſe collatio weder unter den suis, noch unter den Emancipirten, wenn dieſe allein bei der Erbfolge concurrirten, Statt. Sie galt nur, wenn Emancipirte zugleich mit suis bei der väterlichen Erbſchaft concurrirten, und letztere hierbei auf die obenbemerkte Weiſe in Nachtheil verſetzt wurden. Sie ſtand in einem beſtimmten Verhältniß zu der bonor. possessio, nicht als ob ſie die Bedingung geweſen wäre, unter welcher die bonorum possessio den Emancipirten ertheilt ward; ſondern mehr als Folge der bonorum possessio, weil ohne letztere ein Erbrecht der Emancipirten überhaupt nicht denkbar

war, l. 3. pr. D. de collat. Die erſte Abweichung von der beſchränkten Tendenz der alten collatio bildete ſich bei der collatio dotis, bei welcher eine Gleichſtellung der Kinder in einem weitern Sinne allerdings bezweckt ward. Von wichtigerm Einfluß waren aber die Verordnungen der ſpätern Kaiſer. Denn durch dieſe ward 1) das Object deſſen, was nach altem Recht zu conferiren war, beſchränkt, inſofern das jus acquirendi patris per liberos durch die verſchiedenen Arten der Adventitien ſelbſt beſchränkt ward, ſo daß von dem, was nach älterm Recht zu conferiren war, nichts als Zuwendungen des Vaters, insbeſondere der ususfructus adventitiorum, übrig blieb. Dagegen ward 2) nach einer andern Seite die Collation erweitert; indem nun nicht nur dos unbedingt, ſo wie donatio pr. nuptias, l. 17. C. de collat., ſondern überhaupt Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet werden mußte, auch der Collation unterliegen; endlich 3) die Collation auch bei der teſtamentariſchen Erbfolge eintreten ſollte; N. XVIII. c. 6. In dieſen letztern Beſtimmungen ſpricht ſich allerdings die Abſicht einer Gleichſtellung der ſuccedirenden Kinder in Anſehung deſſen, was auf ſie aus dem Vermögen der Eltern bei deren Lebzeiten gekommen war, aus. Und von dieſem Geſichtspunkt aus wird nach heutigem Recht dies Inſtitut der Collation betrachtet. Dabei ſind faſt alle Rechtslehrer bis auf Francke a. a. O. der Anſicht, daß dermalen ohne weitere Rückſicht auf den der ältern collatio zu Grunde liegenden Unterſchied zwiſchen suis und emancipatis, alle Deſcendenten, welche einem Aſcendenten ſuccediren, alles von dieſem Empfangene einwerfen müſſen, ſo lange nicht eine Ausnahme nachgewieſen wird. Erhebliche Bedenken gegen dieſe Anſicht hat aber Francke aufgeſtellt. Nach der Anſicht deſſelben beſteht 1) der Unterſchied zwiſchen den suis und emancipatis, wiewohl mit der bereits angegebenen Beſchränkung auf die von dem Vater empfangenen Zuwendungen und den ususfr. adventitiorum noch jetzt fort. In der That ſcheint auch ſowohl l. 17. C. de coll. als l. 20. ib. das Fortbeſtehen dieſes Unterſchieds deutlich genug anzuzeigen. Und auch durch das in der N. 118. den Emancipirten zugeſtandene Erbrecht iſt, wenn man nicht von dem falſchen Satz ausgeht, daß die Collationspflicht Bedingung der bonorum possessio geweſen ſey, in dieſer Hinſicht nichts geändert. Denn die angeführte N. hat nur den Grund des Erbrechts der Emancipirten inſofern geändert, als dieſelben, um zu erben, nicht mehr einer bonorum possessio bedürfen; vgl. S. 224. ff. der Franckeſchen Abh. Nach derſelben wird ferner 2) dasjenige, was von andern Aſcendenten als dem Vater gegeben worden iſt, in der Regel nicht conferirt. Ausnahme bildet bloß nach l. 17. C. de coll. die einem Deſcendenten verſchaffte militia (vgl. Fein Lehre von der Collation §. 42.), ferner eine gegebene dos und donatio pr. nuptias, und um die Ungleich-

heit, welche hiermit bei der Erbfolge der Abſcendenten entſtehen könnte, zu beſeitigen, eine donatio simplex, d. h. die weder dos noch donatio pr. nuptias war, welche die bei der Erbfolge concurrirenden Deſcendenten von dem Erblaſſer empfangen hatten, l. 20. C. de collat. Endlich entſcheidet 3) N. 18. nur die Frage, ob bei der teſtamentariſchen Succeſſion überhaupt Collation Statt finde, nichts aber über die Objecte der Collation. So erheblich Alles dies zu ſein ſcheint, ſo kann doch eine Theorie, die der berühmte Verfaſſer der angezogenen Schrift ſelbſt nur erſt in ihren allgemeinern Umriſſen dargeſtellt hat, hier, wo von dem in Sachſen gültigen Civilrecht die Rede iſt, nicht benutzt werden. Denn wenn gleich die wenigen ſächſ. Geſetze, der Sachſenſpiegel I. 13. dec. 50. v. J. 1661. und das Erbg. §. 30. 35. 76., welche die Lehre von der Collation berühren, mit erwähnter Theorie ſich wohl vereinigen laſſen dürften, ſo haben dennoch die ſächſ. Rechtslehrer von jeher der gemeinen Meinung, wie ſie hier in dem Handbuch vorgetragen wird, ſich angeſchloſſen; und wer etwas Anderes lehren wollte, würde offenbar mit der Praxis in Widerſpruch treten. Inzwiſchen findet man die Andeutungen der Franckeſchen Abhandlung theilweiſe benutzt und angewendet bei Schweppe §. 864. — Es kann übrigens nicht genug vor Verwechſelung der beiden Begriffe Collation und Gewährung deſſen, was ein Miterbe an den Nachlaß ſchuldet, gewarnt werden. Eine Verwechſelung, welcher auch Carpzov p. II. dec. 165. ſich ſchuldig macht; vgl. Huber praelect. ad Pand. XXXVII. 6. §. 5. Pufendorf III. obs. 186. Müller. ad L. obs. 650. Schweppe §. 864. not. l. Francke S. 176. n. 4.; vgl. auch ein responsum in E. Kind's Samml. v. Rechtsſpr. II. 28. J. W. I. 42. n. 2. II. 11. v. Hartitzſch n. LXXXIX. Günther. obs. pr. biga. L. 1833. n. 2. Beide haben zwar das mit einander gemein, daß ſie durch Abrechnung auf den Erbtheil effectuirt werden können; aber jedem liegt ein verſchiedenes Princip zu Grunde; der collatio das deferirte und erworbene Erbrecht, der imputatio die obligatio. Jene gilt nur bei Deſcendenten, dieſe bei Erben aller Art; vgl. l. 11. D. de coll. Struben II. 98. (287. ed. 2.). Pfitzer a. a. O. §. 65. 97. 107. Green in dem oben angef. pr. pag. 11. Außer der Anrechnung einer Schuld wird aber von der Collation auch noch die ſogenannte Einrechnung in den Erbtheil, imputatio, unterſchieden. Letztere tritt ein, wenn der Erbe als Theil ſeines Erbtheils etwas annehmen muß, was er außer dieſem Erbtheil aus dem Nachlaß empfängt. Ein Fall, der ehemals bei der Gerade vorkam, welche nach c. 11. p. III. in den Pflichttheil einzurechnen war; vgl. Carpzov ad de const. def. 8. 10. Böhmer diss. l. §. 4—7. Reinhardt a. a. O. §. 139—142.

b) l. 17. 19. C. de coll. Pfitzer §. 57. Reinhardt a. a. O.

§. 29. ff. Vorauszuſetzen ſind Deſcendenten, welche den Erblaſſer ab intestato zu beerben das Recht haben; übrigens ohne Unterſchied, ob von dem väterlichen oder mütterlichen Nachlaß die Rede iſt, Stryck XI. 2. §. 8. Beck II. §. 5.; hiernach iſt denn auch zu beurtheilen, ob und in wie weit uneheliche, legitimirte, adoptirte Kinder zur Collation verpflichtet ſind; vgl. Stryck l. l. cap. 2. §. 8. sqq. Beck II. 7—16. Pfitzer §. 74. 76. Reinhardt §. 70. sqq. Daß Brautkinder zur Collation verpflichtet ſind, Pfitzer §. 74., iſt nicht mehr als billig. Daß bei der Erbfolge in dem Nachlaß des Vaters nicht mehr der Unterſchied zwiſchen suis und emancipatis beachtet werde, emancipati wie sui auch unter ſich conferiren, iſt die gemeine Meinung; vgl. Stryck l. l. §. 5. Beck §. 2. Ueber Collationspflicht der durch unio prolium verbundenen Kinder (§. 831. not. a.) vgl. Beck a. a. O. §. 17. Reinhardt §. 119., wogegen abgefundene Kinder, inſofern deren Erbrecht durch die Separation beſeitigt worden iſt, natürlich auch zur Collation nicht gehalten ſind; Beck §. 18.; vgl. Sachſenſpiegel I. 13.

c) N. XVIII. c. 6. Auth. ex testam. C. de collat., über welche zu vergleichen Maſcov diss. l. §. 31. 32. Pfitzer §. 43. 45. 177. ff. Francke S. 243. Daß bei der succ. ab intestato, auch wenn ſie an die Stelle einer weggefallenen succ. testamentaria getreten iſt, collatio Statt finde, ſcheint aus l. 17. C. de coll. hervorzugehen. Was den Fall der successio ex testamento anlangt, ſo iſt auch hier vorauszuſetzen, daß die eingeſetzten Kinder ein Recht ab intestato zu erben gehabt haben würden, wenn der Vater ab intestato verſtorben wäre; vgl. Pfitzer §. 78. ff. Reinhardt §. 38. 39. Deſcendenten, welche nicht als Inteſtaterben anzuſehen ſind, wären in Anſehung der väterlichen Verlaſſenſchaft alle uneheliche Kinder, außerdem auch die abgefundenen Kinder; ferner die Enkel, welche mit ihrem Vater oder ihrer Mutter zugleich in dem Teſtament des Großvaters eingeſetzt worden ſind; vgl. über dieſen letztern Fall Vinnius l. l. cap. 8. Beck II. §. 27.; a. M. war Bachov. ad Treutl. II. 17. th. 2. litt. D. und dagegen Eckoldt diss. l. §. 8. Bei der teſtamentariſchen Erbfolge kommt übrigens auch die Frage vor, ob die bloß in den Pflichttheil eingeſetzten Erben zur Collation verbunden ſind? Dieſe Frage wird von den Rechtslehrern mit Recht bejahet; Carpzov II. dec. 166. n. 25. Beck II. §. 42. Pfitzer §. 81. 82. 95. 96. Reinhardt §. 137. sqq.; nur darf freilich das, was conferirt wird, nicht wiederum als empfangen auf den Pflichttheil angerechnet werden, wie Reinhardt a. a. O. zeigt. Dagegen ſind die in re certa eingeſetzten Deſcendenten zur Collation nicht gehalten. Pfitzer §. 115. Beck II. 43. Die Frage, ob bei einer successio pactitia die Collationspflicht eintrete? wird wohl nur

ſelten vorkommen; denn ein acquiſitiver Erbvertrag, welchen ein Aſcendent mit ſeinen Deſcendenten abſchließen wollte, ſcheint doch in der That etwas höchſt Ueberflüſſiges. Indeſſen wird gleichwohl dieſe Frage von Hübner disp. test. c. 11. p. 166. erörtert und verneint.

d) a. d. l. 19. C. de collat. Carpzov p. III. c. 11. def. 26. Stryck l. l. §. 18. 19. Beck II. 45. ff. Vinnius V. 2. Maſcov §. 11. 12. Pfitzer §. 57. Reinhardt §. 29. Das Gegentheil hat Unterholzner diss. l. behauptet; man ſehe aber dagegen Thibaut im Arch. f. civ. Pr. V. 3. Heft 1. n. 3. p. 330.

e) a. d. l. 17. 19. C. de collat. Berger Oec. II. 4. th. 51. Stryck l. l. §. 21. Beck II. 52. sqq.

§. 924.

Die Verbindlichkeit der Deſcendenten zur Collation gründet ſich in der natürlichen Billigkeit und in der Vermuthung, daß der Vater keines ſeiner Kinder zum voraus habe begünſtigen wollen [a]). Hieraus folgt, daß ſie nur dann hierzu verbunden ſind, wenn ihre Miterben, gleich ihnen, Deſcendenten des Erblaſſers ſind [b]). Wenn alſo des Erblaſſers Aſcendenten oder Seitenverwandte oder auch fremde Perſonen zugleich mit zur Erbſchaft concurriren, ſo ſind ihnen die Deſcendenten dasjenige, was ſie vom Erblaſſer bei deſſen Lebzeiten erhalten haben, zu conferiren keinesweges ſchuldig, ſondern die Erbtheile der vorgedachten Perſonen werden nach dem Betrage der wirklichen Verlaſſenſchaft berechnet [c]). Folglich ſind nur Deſcendenten zur Collation verbunden, und auch nur Deſcendenten ſolche zu verlangen berechtigt [d]).

a) Arg. d. l. 17. et 19. C. de collat. Nov. 18. c. 6.; vgl. Vinnius c. XVII. 1. Buchholz §. 3. Pfitzer §. 49—53. Reinhardt §. 17. 18. 28. Dieſe Begründung der Collationspflicht iſt angefochten worden von Carrach de fundamentis et applicatione collat. bonor. Hal. 1754., gegen welchen zu vergleichen Pfitzer §. 55. Wenn die Collation eine vorhandene Ungleichheit der Kinder in Anſehung deſſen, was ſie aus der elterlichen Verlaſſenſchaft erhalten, zu beſeitigen ſtrebt, ſo iſt der Zweck natürlich nicht eine numeriſche oder arithmetiſche Gleichheit, ſondern eine verhältnißmäßige, geometriſche, Vinnius l. l. §. 3. Daß übrigens die Präſumtion einer von den Eltern beabſichtigten Gleichſtellung der Kinder durch den Beweis des Gegentheils und auch

durch entgegengeſetzte Vermuthungen ausgeſchloſſen werden könne, iſt nicht zu bezweifeln; vgl. Pfitzer §. 68. und unten §. 932. I.

b) Daß auch posthumis conferirt werden müſſe, l. 12. D. l. 11. §. 4. C. de collat.; vgl. Beck II. §. 13. 24. Pfitzer §. 75. Reinhardt §. 89. Eben ſo den auf den Pflichttheil geſetzten Erben. Pfitzer §. 81. 82. Dagegen wird einem Erben in re certa nicht conferirt. Pfitzer §. 115.

c) l. 12. C. communia utriusque judicii. Stryck a. a. O. Diss. XI. cap. 2. §. 18. sqq. Pufendorf T. II. Obs. 67. Buchholz §. 6. Pfitzer §. 80. Reinhardt §. 67.

d) Daß ein Erblaſſer auch andern Erben als ſeinen Deſcendenten die Einwerfung gewiſſer Summen oder Sachen zur Pflicht machen könne, iſt zwar nicht zu bezweifeln, da es auch geſtattet iſt, über Eigenthum des Erben mit Beachtung der Regel: nemo plus est onerandus, quam est honoratus, zu verfügen; allein eine ſolche lediglich nach der Willensbeſtimmung des Teſtirers zu beurtheilende Verfügung iſt von der eigentlichen Collation immer weſentlich verſchieden. Pfitzer §. 48. Die Collationspflicht, ſo wie das Recht Collation zu fordern, geht auf die über, auf welche das Erbrecht des Berechtigten oder Verpflichteten übergeht. Dies gilt namentlich von den Erben des Collationspflichtigen, l. 14. C. de coll. Stryck l. l. V. §. 9. Beck II. §. 109. 110. Pfitzer §. 99. Reinhardt §. 114—118. Eben dies gilt von den Gläubigern des Erben, die den Erbtheil deſſelben zu ihrer Befriedigung in Beſchlag nehmen; Pufendorf III. obs. 186. Reinhardt §. 120—123.; vgl. auch das Urthel in dem oben angeführten progr. von Günther. Daſſelbe iſt endlich auch von dem Käufer des Erbtheils auszuſagen. Reinhardt §. 113. Daß die Miterben, welche die Erbportion eines Deſcendenten jure accrescendi erwerben, als ſolche nicht verpflichtet ſind, das zu conferiren, was der Wegfallende zu conferiren hatte, und l. un. §. 4. C. de cad. toll., welche Pfitzer §. 100. für die entgegengeſetzte Anſicht anzieht, nicht hierher gehöre, ſ. bei Reinhardt §. 130—136. Eben ſo wenig aber kann auf ſie das Recht, von den übrigen miterbenden Deſcendenten Collation zu fordern, welches dem wegfallenden zuſtand, übergehen. Aehnliches gilt von denen, welche als Subſtituirte an die Stelle eines in Beziehung auf Collation Berechtigten oder Verpflichteten eintreten; vgl. Schweppe §. 863. a. E. Allein das kann hier wohl nicht bezweifelt werden, daß, wenn ein ſubſtituirter Erbe an die Stelle eines institutus tritt, und für ſeine Perſon in Beziehung auf Collation berechtigt oder verpflichtet iſt, während der institutus dies nicht war, Collation eintreten müſſe. Es iſt hier nämlich der Fall zu denken, daß ein Deſcendent a primo gradu enterbt und in secundo gradu eingeſetzt war, was

keinesweges, wie Reinhardt §. 127. meint, durch die Regel: exheredatio debet fieri ab omni gradu, ausgeſchloſſen wird; vgl. §. 703. not. e. a. E. Förſter de bonor. poss. lib. praet. §. 23. p. 77. Ob, wenn die Deſcendenten die Erbſchaft ihres Adſcendenten jure fideicommissi universalis erwerben, ebenfalls Recht und Pflicht zur collatio eintrete? iſt eine Frage, welche ich in keiner der vielen Schriften über Collation beantwortet gefunden habe. Sie kann freilich nur unter der Vorausſetzung ſpecieller Umſtände, vermöge deren die Einſetzung eines extraneus als Fiduciar, mit Ausſchließung eines vorhandenen Deſcendenten als rechtsbeſtändig erſcheint, aufgeworfen werden; allein ſolche Umſtände ſind recht wohl denkbar; und es fragt ſich nun, was in einem ſolchen Falle Rechtens ſey? Da die Fideicommiſſarien als Erben anzuſehen ſind, welche zu dem Fiduciar in dem Verhältniß der Miterben ſtehen (§. 795. 805. b.); ſo ſcheint dieſer Fall gerade auf dieſelbe Weiſe entſchieden werden zu müſſen, wie der, in welchem neben einem extraneus Deſcendenten eingeſetzt worden ſind; vgl. §. 923. not. e. — Waren die Deſcendenten als fiduciarii mit einem gültigen fideic. universale belaſtet, ſo würden ſie zwar unter ſich zur Collation berechtigt und verpflichtet bleiben; allein die Frage iſt, ob und inwieweit an dieſer Collation auch der fideicommissarius Theil nehme? Nach dem oben Geſagten kann ihm die Collation unter den Deſcendenten nur dann nützen, wenn er ſelbſt Deſcendent iſt.

§. 925.

Eine Ausnahme von der Regel, daß nur Deſcendenten den Deſcendenten conferiren, nahm man nach älterm ſächſ. Recht bei der Erbfolge der Ehegatten an. Die Ehefrau mußte nämlich, wenn ſie die portio statutaria verlangte, ihr ganzes Vermögen mit Inbegriff deſſen, was ſie von dem Ehemann bei deſſen Lebzeiten erhalten hatte, einwerfen [a]). Hier ſchien es nun billig, daß, wenn ſie bei der ehemännlichen Verlaſſenſchaft mit Kindern, gleichviel, ob dieſe ihre leiblichen oder Stiefkinder waren, concurrirte, letztere dasjenige, was ſie von ihrem Vater bei deſſen Lebzeiten überkommen hatten, ſo weit es überhaupt der Collation unterworfen war (§. 927. sqq.), ebenfalls einwarfen, und hiernach der Betrag der ſtatutäriſchen Portion berechnet wurde [b]). Gleiche Verbindlichkeit nahm man in Anſehung der übrigen Verwandten, wie auch der fremden Erben, welche mit der überlebenden Ehegattin zugleich zur Erbfolge gelangten, an, um ſo mehr, da es außerdem dem

Erblaſſer ein Leichtes geweſen ſeyn würde, durch Handlungen unter den Lebendigen die künftige Erbportion der Wikwe beträchtlich zu vermindern [c]). Allein durch das Erbgeſetz, das ſonſt wenig über die Collation enthält [d]), iſt dieſe Ausnahme beſeitigt worden. Denn nach demſelben fällt die portio statutaria weg [e]), und bei Berechnung des den Ehegatten gebührenden Pflichttheils iſt das, was Abkömmlinge des Erblaſſers einander zu conferiren haben, nicht zu berückſichtigen [f]).

a) Vgl. §. 859. 866. Dieſe collatio ähnelt der alten collatio des röm. Rechts, inſofern als hier wie dort der Gegenſtand der Collation das ganze Vermögen war.

b) Carpzov p. III. c. 11. def. 27. Stryck a. a. O. II. §. 18. Beck II. §. 55. sqq. Bauer resp. jur. 16. L. 1792. Gottschalk. disc. II. 2. p. 22. Dies gilt auch von Schenkungen, welche die Kinder von dem Vater erhalten haben. Kind qu. IV. 48. (III. 64. ed. 2.). Nur der Fall ward ausgenommen, wenn die Kinder von der väterlichen Erbſchaft ſich losſagten, weil in dieſem Fall die Verpflichtung zur Collation überhaupt wegfällt. Bauer resp. 17.; vgl. §. 932. II.

c) Stryck a. a. O. §. 21.

d) Es gehören nur noch §. 35. und etwa §. 30. hierher. Inzwiſchen kann die Frage aufgeworfen werden, ob und wie weit das, was man in Beziehung auf Collation gemeinrechtlich als gültig annimmt, auch auf die in dem Erbg. §. 2—6. erwähnten Fälle, in welchen successio testamentaria und geſetzliche Erbfolge der Deſcendenten entweder gleichzeitig neben einander beſtehen, oder die eine nach der andern eintritt, anwendbar ſey? Vorauszuſetzen iſt dabei freilich auch hier eine teſtamentariſche Dispoſition, welche als rechtsbeſtändig angeſehen werden kann, ungeachtet die Deſcendenten in derſelben nicht oder nicht gehörig bedacht worden ſind. Was 1) den Fall betrifft, in welchem nach §. 2. die Deſcendenten als Inteſtaterben gleichzeitig mit dem Teſtamentserben eintreten, ſo iſt wohl nicht zu zweifeln, daß unter ihnen die Collation Statt finde; nicht aber in Beziehung auf den Teſtamentserben, wenn dieſer Extraneus iſt; vgl. §. 923. not. e. Wäre der Teſtamentserbe aber auch ein Deſcendent, ſo iſt gar ſehr die Frage, ob auch dieſer in Anſehung der collatio berechtigt oder verpflichtet ſey? Dies, wenn auch nicht wegen des bei der alten collatio des röm. Rechts vorkommenden Satzes, daß collatio nur dann Statt hat, wenn die Deſcendenten ex eadem caussa zur Succeſſion gelangen; vgl. l. 20. §. 1. D. de bon. poss. c. tab. l. 10. D. de coll. l. 6. 7. D. de

dol. coll. A. Faber err. pragm. XL. 10. Bachov. ad Treutl. II. 17. 1. litt. g. u. th. 4. litt. e. f. p. Eckoldt th. 10. Vinnius VI. 3.; wohl aber, weil hier ein Fall vorzuliegen ſcheint, welcher die im Eingang gedachte Präſumtion ausſchließt. 2) Dieſelben Grundſätze ſcheinen anwendbar, wenn nach §. 3. des Erbg. die Deſcendenten in dem Fall eintreten, in welchem gemeinrechtlich jus accrescendi Statt fand. Wenn endlich 3) nach §. 6. die Deſcendenten als Inteſtaterben an die Stelle der Teſtamentserben, oder umgekehrt dieſe an die Stelle von jenen treten, ſo iſt das, was §. 924. not. d. bemerkt worden iſt, anzuwenden.

e) Erbg. §. 99.; vgl. §. 863.

f) Erbg. §. 76. Das in dem §. in Beziehung auf portio statutaria erwähnte Bedenken bleibt freilich auch hier, wenn gleich der concurrirende Ehegatte eine Begünſtigung ſeiner Kinder ſich eher gefallen laſſen wird, als eine Begünſtigung anderer.

§. 926.

Wenn Enkel dem Großvater anſtatt ihres vorher verſtorbenen Vaters ſuccediren, ſo gelangen ſie zwar vermöge ihres eignen Rechts, als Deſcendenten deſſelben, zur Erbfolge [a]). Deſſen ungeachtet aber repräſentiren ſie doch in ſoweit ihren Vater, daß ſie aus der großväterlichen Verlaſſenſchaft keine größere Erbportion verlangen können, als ihr Vater, wenn er noch am Leben wäre, erhalten würde [b]). Hieraus folgt von ſelbſt, daß die Enkel, nicht nur, was ſie ſelbſt vom Großvater bei deſſen Lebzeiten erhalten haben (ſofern es der Collation unterworfen iſt), ſowohl ihren eignen Geſchwiſtern, als auch ihres verſtorbenen Vaters Geſchwiſtern zu conferiren ſchuldig ſind [c]), ſondern daß ſie auch dasjenige, was ihr Vater von dem Großvater bei deſſen Lebzeiten erhalten hat, ebenermaßen, und ſoweit er ſelbſt hierzu verbunden geweſen wäre, in gemeine Theilung bringen müſſen, ſie mögen nun mit des verſtorbenen Vaters Geſchwiſtern, oder mit den Kindern andrer vorher verſtorbener Söhne oder Töchter des Erblaſſers concurriren [d]); und zwar ohne Unterſchied, ſie mögen der väterlichen Verlaſſenſchaft ſich anmaßen, oder davon losſagen [e]). Nichts deſto weniger ſind mehrere Gelehrte der entgegengeſetzten Meinung, und behaupten, daß in dem gedachten Falle die

Enkel, ſofern ſie ſich von der väterlichen Verlaſſenſchaft losſagen, dasjenige, was ihr Vater bei Lebzeiten des Großvaters von demſelben erhalten, zu conferiren nicht ſchuldig wären[f]). Der Streit über Collationspflicht der Enkel iſt übrigens nach neuerm ſächſ. Recht wenigſtens inſofern entſchieden, als nach ſelbigem entfernte Abkömmlinge jedesmal das in die Verlaſſenſchaft einwerfen müſſen, was der vorher verſtorbene Nähere, deſſen Antheil ſie bekommen, einzuwerfen gehabt hätte, wenn er zur Succeſſion gelangt wäre[g]).

a) l. 3. C. unde liberi. Leyſer sp. 422. m. 1.; vgl. §. 840. not. s. t. §. 841. 843.

b) Arg. l. 175. §. 1. D. de regg. jur. Glück Inteſtaterbf. §. 26. S. 103.

c) Stryck l. l. II. §. 13. Voet. XXXVII. 5. §. 2. Davon abweichend iſt die Meinung von Pfitzer §. 86—89., welchem Reinhardt §. 102—107. beipflichtet, nach welcher Enkel nur das zu conferiren verbunden ſeyn ſollen, was ſie nach dem Tode ihrer Eltern von den Großeltern empfangen haben; wobei aber freilich Alles auf den willkürlichen Begriff des jus repraesentationis (vgl. §. 840. not. h.) geſetzt wird.

d) A. M. war Carpzov l. l. def. 34. Vinnius XII. §. 1., ſ. aber dagegen Stryck §. 14. Wernher de collat. nepotum. Viteb. 1721. obs. 2. Zoller diss. l. §. 4. Pfitzer §. 92.; vgl. auch Beck II. §. 23. und Bauer. resp. 118. L. 1801.

e) Arg. l. 17. 19. C. de collat. N. 118. c. 1. Carpzov P. III. c. 11. d. 33. 34. Huber Praelect. ad Pand. L. 37. Tit. 6. §. 5. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 51. n. 1. Wernher P. IV. Obs. 499. 500. und in der not. praec. angef. diss. Leyſer Sp. 409. corollar. Heineccius Pand. P. VI. §. 16. Struben Th. IV. Bed. 83. (289. ed. 2.) Hofacker §. 1654. Maſcov diss. l. §. 10. Overbeck I. Med. 25. 26. Pfitzer §. 85. 86. 93. Reinhardt §. 100. 101. Fein Lehre v. der Collat. §. 60—62.

f) Z. B. Stryck de succ. ab int. Diss. XI. c. 2. §. 15. Hommel obs. 55., wiewohl der erſtere ſelbſt hernachmals in Annotat. succinct. ad Lauterbachii comp. Tit. de collat. p. 650. die entgegengeſetzte richtigere Meinung angenommen, und die frühere Meinung dahin, daß die Großeltern den Enkeln die Collation des ihren Eltern bereits Gegebenen auferlegen können, ſo weit der Pflichttheil der Enkel nicht verletzt wird, diss. l. §. 16. beſchränkt hat. Ueber dieſe Beſchränkung vgl. auch Breuning diss. an renunciatio a

paterna hered. licita sit, si collat. a patre sit imperata. Lips. 1774. Der Meinung der Diſſentirenden pflichtet auch bei das Urthel der Leipz. Jur.-Fac. bei Barth Bericht von der Gerade, Beil. n. 122., ingl. der Wittenb. Jur.-Fac. bei Puton. enunc. III. 112. S. 423. Green in dem §. 923. not. a. angef. pr. p. 4., auch Francke a. a. O. S. 203. not. 45. ſcheint dieſen ſich anzuſchließen. Ueber die verſchiedenen Anſichten der Rechtslehrer überhaupt Berlich dec. 247. P. Heigii quaest. I. 24. Beck II. §. 21—25. Müller. ad L. obs. 637. ſämmtlich mehr oder weniger auf die falſche Anſicht von dem jus repraesentationis gebauet. Uebrigens bleibt auch, wenn man eine Collationspflicht der Enkel annimmt, noch Manches zweifelhaft; namentlich: 1) in welcher Maaße mehrere Enkel eines Sohnes oder einer Tochter conferiren? nach Pfitzer §. 91. immer zu gleichen Theilen; und ſelbſt dann, wenn ſie die Eltern beerbt haben, nicht nach dem Verhältniß ihres wirklich erhaltenen Erbtheils; 2) ob die Enkel auch dann zur Collation gehalten bleiben, wenn ſie bloß in den Pflichttheil eingeſetzt ſind? Auch dies bejahet Pfitzer §. 96. gegen Hofacker §. 1656., und zwar mit Recht, wenn es gleich wahr bleibt, daß in den Pflichttheil der Enkel nicht eingerechnet zu werden braucht, was die Eltern derſelben von den Großeltern empfangen haben; 3) ob die Enkel das den Eltern Gegebene auch dann conferiren müſſen, wenn es nicht oder noch nicht vollſtändig auf ſie gekommen iſt? davon unten ad §. 933.

g) Erbg. §. 35.

§. 927.

II. Betrachten wir den Gegenſtand der Collation [a]), ſo wird überhaupt erfordert, daß die Sache, welche conferirt werden ſoll, 1) vom Erblaſſer ſelbſt herrühre [aa]). Was alſo die Kinder ſelbſt erworben [b]), oder von andern Perſonen, als vom Erblaſſer, überkommen haben [c]), iſt der Collation nicht unterworfen; 2) daß ihnen der Erblaſſer die Sache bei ſeinen Lebzeiten übergeben habe [d]). Was die Kinder erſt nach des Erblaſſers Tode, als Vermächtniß, Fideicommiß oder Schenkung auf den Todesfall, zum voraus von ihm erhalten, ſind ſie einander einzuwerfen nicht ſchuldig [e]); 3) daß zu der Zeit, da der Erblaſſer ſtirbt, dasjenige, was er ihnen bei Lebzeiten gegeben, ſich noch in ihrem Vermögen befinde [f]).

a) Abgeſehen von der collatio dotis iſt als ein Hauptunterſchied der neuen Collation von der alten hinſichtlich des Objects anzunehmen,

daß bei dieſer ein Vermögen, bei jener ein einzelner Beſtandtheil des Vermögens den Gegenſtand der Collation bildet. Was die Collation des neuern Rechts anlangt, ſo wird in Beziehung auf das Object derſelben von den meiſten Rechtslehrern, und ſo auch hier Nothwendigkeit der Collation als Regel, Freiheit von derſelben als Ausnahme angenommen; während Francke a. a. O. S. 213. u. Schweppe §. 864. das Verhältniß, und zwar mit Recht, wie es ſcheint, umkehren. Pfitzer §. 64. 69.

aa) l. 21. C. de collat. Stryck a. a. O. Cap. 3. §. 1. Folglich würde eine Tochter die vom Vater erhaltene Mitgift in die mütterliche Verlaſſenſchaft, und die von der Mutter erhaltene Mitgift in die väterliche Verlaſſenſchaft einzuwerfen nicht ſchuldig ſeyn. Stryck a. a. O. Cap. 2. §. 7. Beck III. §. 2. 3. 4. 22. Das peculium profectitium der Kinder war eigentlich kein Gegenſtand der Collation, ſondern es bildete einen Beſtandtheil des väterlichen Vermögens, der, wenn er von den Kindern beſeſſen ward, dem Nachlaß als Schuld gewährt werden mußte. Francke S. 175. 229., obwohl auch hier mehrere, wie Beck III. §. 22. 48. 49. Pfitzer §. 152—154. von Collation ſprechen. Das Nämliche ſcheint von andern Gaben, welche der Vater den Kindern reichte, gegolten zu haben, ſo lange man Schenkungen des Vaters an den Sohn für ungültig hielt. Erſt nachdem ſolche Gaben nach dem Tode des Vaters, wenn ſie nicht widerrufen worden waren, als donationes mortis caussa gültig blieben, konnte die Frage vorkommen, ob eine collatio Statt finde, der Schenknehmer das Empfangene in die gemeine Erbmaſſe einzuwerfen habe, oder als praecipuum für ſich behalten könne? vgl. Francke S. 229. Daß das aus dem peculium profectitium oder andern Zuwendungen des Vaters Erworbene der Collation nicht unterliege, ſ. Stryck IV. §. 9. Beck III. §. 49—51., woſelbſt man die verſchiedenen Anſichten der Rechtslehrer findet. A. M. ſind namentlich Vinnius XIV. §. 1—3., welcher mit mehrern andern annimmt, daß wenigſtens die Hälfte der Errungenſchaft conferirt werden müſſe; und Faber Err. pragm. XLI. 8. Pfitzer §. 152—154. Reinhardt §. 240. 241., nach welchen der aus dem peculium profectitium gewonnene Erwerb immer conferirt werden muß. Die letztere Meinung iſt jeden Falls nicht dahin zu erweitern, daß jeder aus einer Zuwendung der Aſcendenten für die Deſcendenten erlangte Erwerb conferirt werden müſſe; vgl. §. 934. Auch das, was die Kinder erwerben, weil zu Gunſten derſelben die Aſcendenten auf den Erwerb verzichteten, ſoll nicht conferirt werden, wie man aus l. 1. §. 23. D. de coll. (die aber offenbar von etwas ganz anderm ſpricht) und l. 6. §. 1. D. de bon., quae lib. folgert. Pfitzer §. 151. Reinhardt S. 213—215. Schweppe §. 864. S. 224.

b) Dahin gehörte ſonſt ſchon peculium castrense; d. l. 21. Stryck c. 3. §. 1—3. Vinnius X. §. 9. 10. Beck IV. §. 2—8. Pfitzer §. 137. Nachmals auch das peculium adventitium. Stryck 4. §. 1. 2. Vinnius l. l. Beck IV. §. 65. Und eben ſo das, was Kinder mit dieſem Vermögen erwerben. Vinnius XIV. §. 1—3. Stryck c. 4. §. 19. 20. Beck a. a. O. §. 68. 78.

c) Mehrere, wie Beck III. §. 4—6. Pfitzer §. 64., machen eine Ausnahme in dem Fall, wenn es von dem Dritten den Kindern intuitu des Adſcendenten, deſſen Erbſchaft in Frage kommt, gegeben worden iſt, a. l. 5. D. de jure dot. l. 8. C. de collat.; vgl. Leyſer sp. 409. m. 7., was denn freilich immer auf eine quaestio voluntatis hinführen wird. Gegen dieſe Anſicht hat ſich erklärt Reinhardt §. 42—47.

d) l. 10. 13. 15. C. de collat. Beck III. 9. Vinnius XIV. §. 4—7. Reinhardt §. 48—50. Zweifel, daß hier ein weſentliches Erforderniß vorliege, hegt Pfitzer §. 70. 181.; vgl. dagegen Reinhardt §. 60.

e) Zweifel erregt die l. 20. C. de collat., nach welcher Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet wird, wohin denn auch Legate gehören, §. 698. n. 8., zu conferiren iſt, wenn gleich nicht umgekehrt von der Nothwendigkeit etwas zu conferiren, auf die Pflicht, daſſelbe in den Pflichttheil ſich einrechnen zu laſſen, geſchloſſen werden ſoll, weshalb auch Schweppe §. 864. annimmt, daß alle Vermächtniſſe conferirt werden müſſen, in Anſehung welcher nicht die Abſicht des Teſtirers ein praecipuum anzuordnen, ſich nachweiſen laſſe. Gewöhnlich beſchränkt man die angeführte l. 20. auf Zuwendungen, die inter vivos geſchehen ſind, Vinnius XIV. 6. Beck III. 1. Stryck c. 1. §. 9. Eben ſo ſoll nach Pfitzer §. 181. not. b. das angef. Geſetz nur eine allgemeine Regel über das Object der Collation aufſtellen; ohne ſich darüber auszuſprechen, ob das, was im Allgemeinen als Object der Collation anzuſehen iſt, nicht unter beſondern Umſtänden von der Collation auszunehmen ſey. Dieſer Erklärung ſtimmt im Ganzen auch Reinhardt §. 51—56. bei; vgl. Fein Lehre v. der Collat. §. 45. 46. Daß, wie der Erſtere meint, durch N. 115. c. 3. 5. pr. aller Zweifel gehoben ſey, kann nicht ſo ohne Weiteres als richtig angenommen werden; denn die angezogenen Stellen ſagen bloß, daß die Kinder eingeſetzt werden ſollen, nicht daß ihnen der Pflichttheil gerade durch Erbeinſetzung hinterlaſſen werden ſolle; vgl. §. 694. not. e. §. 699. not. b. Nach Francke a. a. O. S. 205. iſt d. l. 20. aus l. ult. C. comm. utriusqu. jud. zu erklären; und auf die militia, die dos und donatio pr. nuptias zu beſchränken. So viel iſt gewiß, daß das in dem Geſetz aufgeſtellte Princip auf irgend eine Weiſe beſchränkt werden muß, wenn es nicht mit den ſonſt als gültig angenom-

menen Grundſätzen über Collationspflicht in den offenbarſten Widerſpruch treten ſoll. Zu bemerken iſt übrigens, daß d. l. 20. C. gegeben ward zu einer Zeit, wo bei der succ. testamentaria noch keine collatio galt. Eine andere Frage iſt, ob die Collation der Legate ꝛc. auch dann wegfalle, wenn der Teſtirer bei ſeinen Lebzeiten die beſchiedene Sache den Kindern bereits übergeben hätte? Offenbar wird hierdurch das Vermächtniß aufgehoben, §. 793. not. l., allein inſofern es nunmehr als einfache Schenkung anzuſehen iſt, wird es gleichwohl auch jetzt der Collation nicht unterliegen; vgl. §. 931. Beck III. 11. Schweppe §. 944. S. 117. Was insbeſondere Legate anlangt, vgl. Beck a. a. O. §. 10. Pfitzer §. 181. Ueber praelegata iſt zu bemerken, daß auch dieſe nicht eingeworfen werden; Carpzov l. l. def. 24. Beck a. a. O. §. 12. Pfitzer §. 182. n. 4. Roßhirt Vermächtn. I. 4. 2. S. 283., a. M. iſt in Anſehung deſſen, was von dem Bedachten jure heredis retinirt wird, Pfordten de praeleg. §. 17. S. 59. u. a. daſ. not. s. Angeführte. Ueber die Collation anderer praecipua, wie ehedem Gerade und Heergeräthe, vgl. Beck a. a. O. §. 13. c. 11. p. III. und dazu Carpzov. Zweifelhafter kann ſcheinen, ob das, was nach §. 3. des ſächſ. Erbg. jure legati acquirirt wird, zu conferiren ſey, wenn die Deſcendenten, denen es zufällt, zugleich als Erben concurriren. Doch möchte es auch hier bei der allgemeinen Regel bewenden. Ueber Fideicommiſſe vgl. Beck a. a. O. §. 14. Ueber die collatio der ehemaligen Gerade vgl. ein Urthel der L. J. F. in E. Kinds Samml. v. Rechtsſpr. II. 7.

f) l. 1. §. 23. l. 2. §. 2. D. de collat. l. 6. C. eod. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 51. Beck III. §. 15—20.; vgl. §. 933. Außer den im §. aufgeführten Requiſiten führt namentlich Pfitzer noch an, 1) daß das Empfangene unentgeltlich und ohne Bedingung gegeben ſeyn müſſe, wie aus dem Umſtand, daß dos, donatio pr. nupt. u. dgl. der Collation nicht unterliege, gefolgert wird, §. 65. Reinhardt §. 63. Was Vorſchüſſe, die Eltern den Kindern gemacht haben, anlangt, ſo gehören ſie unter die Schulden, nicht unter die conferenda. Pfitzer §. 107.; 2) daß durch das Geben ein pecuniärer Vortheil der Kinder beabſichtigt werde, Pfitzer §. 66. 67. Reinhardt §. 64. 65. Daher ſoll das Löſegeld für ein in Gefangenſchaft gerathenes Kind nicht conferirt werden; vgl. Beck IV. §. 95. Vinnius XIII. 9. Pfitzer §. 170. Reinhardt §. 192. 193. Auch der Aufwand wegen Reiſen, Erlangung akademiſcher Würden u. dgl., bezweckt wenigſtens nicht unmittelbar einen pecuniären Vortheil. Eben ſo wenig unterliegen der Collation ſolche Gaben, welche nur zur Verwendung für augenblickliche Bedürfniſſe, zu conſumiren, verzehren beſtimmt ſind, nicht ein bleibendes Haben, und dadurch bedingtes Erwerben vermitteln. Außerdem kann 3) noch bemerkt werden, daß der

Gegenſtand der Collation immer eine Sache, entweder eine species oder eine quantitas, auch wohl eine universitas iſt. Dieſer Gegenſtand der Collation muß aber durch ein **Geben** von Seiten der Adſcendenten in den Beſitz der Collationspflichtigen übergegangen ſeyn. Es iſt daher nur uneigentlich geſprochen, wenn man von einer Collation der Sachen ſpricht, welche die Kinder den Eltern entwendet haben; vgl. **Beck** III. §. 55. Leiſtungen, die in faciendo beſtehen, ſind an ſich nie Gegenſtand der Collation. — Alle dieſe Regeln mit ihren mannichfachen Beſchränkungen fielen natürlich bei der collatio juris antiqui weg; vgl. **Beck** III. §. 2. **Francke** a. a. O. S. 185.

§. 928.

Aus dieſen Grundſätzen nun läßt ſich ſchon von ſelbſt beurtheilen, wie weit die Kinder zur Collation verbunden ſind, oder nicht. Hier bemerken wir nur ſoviel: 1) daß eine Tochter nicht nur die vom Vater oder von der Mutter erhaltene Mitgift in die väterliche oder mütterliche Erbſchaft ihren Geſchwiſtern einzuwerfen ſchuldig ſey [a]), ſondern daß ihr auch in Anſehung der Ausſteuer oder Ausſtattung, da ſolche als ein Theil der Mitgift zu betrachten iſt, gleiche Verbindlichkeit obliege [b]). Hingegen ſind die Enkel, wenn ſie dem Großvater anſtatt ihrer vorher verſtorbenen Mutter ſuccediren, die Mitgift nur in Anſehung des auf ſie gekommenen Antheils, keinesweges aber, was ihrem Vater, als Erben ſeines Eheweibes, davon zugefallen iſt, zu conferiren, ſchuldig [c]). 2) Gleichergeſtalt ſind die Kinder auch dasjenige zu conferiren verbunden, was ſie nach angeſtellter eigner Haushaltung zur Beſtreitung der damit verknüpften Koſten von den Eltern entweder ein- für allemal, oder alljährlich zur Mithülfe bekommen haben [d]). 3) Wenn ein Vater ſeinem Sohne eine Präbende verſchafft hat, ſo iſt er ſolche ebenfalls zu conferiren ſchuldig [e]); 4) das Nämliche findet Statt, wenn ein Vater die ſeinem Sohne zuerkannte Geldſtrafe [f]), ingleichen, wenn er deſſen Schulden bezahlt hat [g]).

a) Tit. Dig. de dotis collat. Ueber die collatio dotis des ältern Rechts **Kämmerer** Beitr. zur Geſch. und Theorie des r. Rechts. Roſt. 1817. n. 7. **Francke** a. a. O. S. 187. u. ff. **Pfitzer** §. 64—67. Nach neuerm Recht, wenigſtens wie daſſelbe nach der

gewöhnlichen Anſicht ſich gebildet hat, ſind die Eigenthümlichkeiten, welche der alten collatio dotis zukamen, größtentheils verſchwunden, und dos ſowohl als donatio pr. nuptias wird wie jedes andre conferendum betrachtet; vgl. Vinnius c. XII. Lauterbach de collat. dotis. Tubing. 1671. in diss. I. 77. Beck III. §. 24—31. Leyſer sp. 414. Pfitzer §. 102. Reinhardt §. 154. fg. Eigenthümlich der neuern dotis collatio iſt nach l. 17. C. de coll., daß nicht bloß die von dem Vater der Tochter gegebene Mitgift, ſondern jede Mitgift, die eine Deſcendentin von irgend einem Adſcendenten, auch wenn ſie nie in deſſen väterlicher Gewalt war, empfangen hat, conferirt werden muß. Auch bei der dos, wenn ſie als conferendum angeſehen werden ſoll, wird dos profectitia, d. h. eine dos vorausgeſetzt, welche von dem Adſcendenten herrührt, von deſſen Nachlaß die Rede iſt. Für dos profectitia gilt aber auch die von einem Dritten, mit Rückſicht auf den Vater gegebene dos. Daß die dos mit Rückſicht auf den Vater gegeben ſey, wird präſumirt, wenn ein Adſcendent dieſelbe gegeben hat, den Fall ausgenommen, wenn der Vater unvermögend war, die Tochter auszuſtatten; Carpzov p. III. c. 11. def. 35. n. 1. 2. 3. 4. Lyncker dec. I. 75. Stryck c. 4. §. 6.; wogegen die Mitgift, die ein Andrer gegeben hat, ſelbſt wenn ſie dem Vater gegeben ſeyn ſollte, damit er ſie der Tochter gebe, in dubio für adventitia geachtet wird, Lauterbach diss. l. §. 45.; vgl. Beck III. §. 4—7. 23. Daß, wenn dos der Collation unterliegt, auch augmentum dotis conferirt werden müſſe, Lauterbach l. l. §. 41. Beck III. 30. Pfitzer §. 102. Daß nach ſächſ. Recht dos nicht conferirt zu werden brauche, vertheidigte einſt Zoller in diss. de dote jure Sax. haud conferenda. L. 1768. §. 6. ff. Als Grund wird angeführt, daß dos eine Schenkung ſey, und Schenkungen nicht der Collation unterliegen ſollen (vgl. §. 931.). Derſelbe Rechtslehrer hat indeß in einer andern diss., utrum filia cum matre in hered. patris concurrens dotem a patre accept. conferre teneatur. L. 1770. die Collationspflicht der Tochter vertheidigt. Eben ſo wie dos, wird auch donatio propter nuptias conferirt, l. 17. 20. §. 1. C. de collat. Vinnius XII. 11. Maſcov §. 18. Beck III. §. 32—35. Buchholz §. 10. Pfitzer §. 67. 104.; nämlich von dem Sohn, welcher ſie empfangen hat, um das Aequivalent für die dos zu leiſten; vgl. Francke S. 195. In gleicher Maaße iſt sponsalitia largitas zu conferiren; Beck III. §. 38. 39. Eben ſo das, was einem Sohn gegeben iſt, um eine anſtändige Parthie zu machen; vgl. Pfitzer §. 104. Vinnius XIII. 13.

b) Pufendorf I. obs. 206. §. 14. Struben rechtl. Bedenken Th. I. Bed. 53. (46. ed. 2.). Hommel Obs. 66. und deſſen Pert. Reg. voc. Ausſtattung. Pütter Rechtsf. III. 297. Grupen

de uxore theodisca c. 3. Beck III. 30. Pfitzer §. 103. Reinhardt §. 158.

c) Carpzov P. III. const. 11. def. 31. Stryck a. a. O. C. 2. §. 14. A. M. war Heigius I. qu. 24. Die Gründe, aus welchen der im §. aufgeſtellte Satz von Carpzov vertheidigt wird, erſcheinen auch noch nach neuerm ſächſ. Recht für den Fall gültig, wenn nach dem Tode einer Tochter, deren Ehemann und Kinder bei dem großväterlichen Nachlaß concurriren; vgl. Nehrhof von Holderberg Arch. I. S. 18.

d) Carpzov a. a. O. d. 15. Stryck a. a. O. C. 4. §. 12. Gottfr. Ludw. Winkler Exerc. de revocatione subsidii paterni (Lips. 1794.) §. 3.; vgl. §. 188. not. b. Beck III. §. 41—44. Buchholz §. 11., ingl. Pfitzer §. 106. 169. Reinhardt §. 220.; die jedoch in Anſehung der jährlichen Unterſtützungen, welche Eltern ihren Kindern verabreicht haben, anderer Meinung ſind. Wenn der Vater ſeiner Tochter bei ihrer Verheirathung eine gewiſſe Summe zur Mitgift verſprochen, aber nicht ausgezahlt, ſondern jährlich verzinſet hat, ſo würde ſie dieſe Zinſen zu conferiren nicht ſchuldig ſeyn. Hommel Pert.-Reg. Einl. §. 97. Ueber collatio der militia Vinnius XIII. 16. Maſcov §. 21. Pfitzer §. 106. Reinhardt §. 160.

e) Berger Oec. L. II. T. IV. th. 5. n. 7. Stryck a. a. O. C. 3. §. 5.; vgl. das Urthel bei Rivinus de compensat. inter cohered. §. 6. Beck III. §. 47. Buchholz §. 12. Das, was den Kindern als Vorempfang auf die elterliche Erbſchaft gegeben wird, müſſen dieſe allerdings ſich anrechnen laſſen; allein hier liegt kein eigentliches conferendum, ſondern eine Abſchlagszahlung vor; vgl. Beck III. 55. Pfitzer §. 108. 109. Reinhardt §. 217—219.

f) Berger a. a. O. n. 8. Hommel Obs. 66. Stryck c. 4. §. 18. Vinnius XIII. 12. Overbeck VI. Med. 344., ſ. auch Rivinus diss. l. §. 18. Beck III. §. 45. Andrer Meinung iſt Carpzov P. III. c. 11. d. 25.

g) Rivinus diss. l. §. 18. Beck III. §. 45. 46. Pfitzer §. 107. In beiden Fällen liegt aber nicht ſowohl eine Collationspoſt, als eine Schuld vor. Hier iſt nun auch die Frage zu berühren, ob die Nutzungen des peculium adventitium, welche der Vater zu ziehen berechtigt war, jedoch von ihm den Kindern überlaſſen wurden, conferirt werden müſſen? vgl. Stryck c. 4. §. 3. Vinnius XI. §. 3. 4. Beck IV. §. 71—75. Maſcov §. 28. Pfitzer §. 151. Reinhardt §. 214. 215. Im Allgemeinen iſt man einverſtanden, daß diesfalls eine Pflicht zur Collation nicht Statt finde, vornehmlich wegen l. 6. §. 2. C. de bon., quae lib. Indeß iſt man gleichwohl verſchiedener Anſicht, in dem Fall, wenn

die Kinder ohne beſondere zuſtimmende Erklärung des Vaters oder in Folge der Emancipation die Nutzungen gezogen haben; vgl. Stryck l. l. §. 3. Bachov ad Treutl. II. 17. 6. litt. a.; vgl. die verſchiedenen Meinungen bei Beck a. a. O. Daß die Emancipirten die fructus der Adventitien nicht conferiren, vertheidigen insbeſondere Stryck und Mascov l. l.; vgl. dagegen Zoller de jure coll. §. 7. Uebrigens wird die Collation ſolcher Nutzungen durch die von mehrern angenommene Vorausſetzung, daß die fructus noch vorhanden ſeyn müſſen, vgl. Beck §. 73., gar ſehr beſchränkt; vgl. §. 933. III. Man fragt auch, ob der auf das pecul. adventitium der Kinder von dem Vater gemachte Aufwand conferirt werden müſſe? vgl. Stryck l. l. §. 4. Struve syntagm. Ex. XXXVII. th. 32. Beck §. 77. Auf jeden Fall ſcheint dies verneint werden zu müſſen; denn dieſer Aufwand iſt entweder der Nutzungen wegen gemacht; dann trägt ihn nach bekannten Rechtsgrundſätzen der, welcher die Nutzungen zieht; oder er iſt für die Subſtanz gemacht, dann haben einen ſolchen von dem Vater gemachten Aufwand die Kinder als Schuld zu gewähren.

§. 929.

Inmittelſt finden ſich doch in den Geſetzen verſchiedene Ausnahmen, vermöge deren die Kinder gewiſſe Sachen, welche ſie von den Eltern bei deren Lebzeiten erhalten haben, dennoch zu conferiren nicht ſchuldig ſind *). Hierher gehören I. die Alimente [a]); wobei wir bemerken: 1) daß die jüngern Geſchwiſter aus dem Grunde, weil ihre ältern Geſchwiſter die Erziehung länger genoſſen haben, keineswegs aus der Erbſchaft etwas zum voraus zu verlangen befugt ſind [b]); 2) daß es einem Vater in dem Falle, da eines ſeiner Kinder eignes Vermögen beſitzt, demſelben die Conferirung der auf ſeinen Unterhalt verwendeten Koſten aufzuerlegen zwar frei ſtehe [c]), jedoch aber im Zweifel nicht vermuthet werde, mithin von demjenigen, welcher die Collation verlangt, ſolches erwieſen werden müſſe [d]). II. Die Koſten, welche ein Vater zur Equipirung ſeines in Kriegsdienſte tretenden Sohnes verwendet hat [e]), ſoweit nicht die übrigen Geſchwiſter hierdurch im Pflichttheile verkürzt werden [f]). III. Diejenigen Koſten, welche für einen Sohn zur Erlernung eines Handwerks verwendet worden ſind [g]).

*) J. N. Lüdecke de rebus collat. exemtis. Viteb. 1692. Beck Cap. 4. Pfitzer §. 117—121. Reinhardt §. 168—241.

a) Arg. l. 11. C. de negot. gest. Hommel Obs. 66. Beck l. l. §. 91. Pfitzer §. 117. Reinhardt §. 169—175., der jedoch das arg. ex. l. 11. C. de neg. gest. mit Recht beſtreitet. Wenn indeß der Grund der Befreiung von Conferirung der Alimente darein geſetzt wird, daß die Verabreichung der Alimente Erfüllung einer Zwangspflicht iſt, und die Kinder durch die Alimente nicht bereichert werden, ſo iſt dies in voller Strenge nur auf Alimente, welche ein Vater ſeinen vermögensloſen Kindern gewährt, anwendbar. Durchgreifender erſcheint das §. 927. not. e. unter 2. angeführte Princip. Daß übrigens hierher auch Alimente gehören, welche Perſonen gereicht werden, die das collationspflichtige Kind zu ernähren hatte, ſ. Beck §. 92.

b) Stryck c. 4. §. 8. 17. Hommel a. a. O. Deſſen Pert.-Reg. Einl. §. 98. Erbg. §. 30.; vgl. auch Gmelin und Elſäſſer gemeinr. Beobachtungen und Rechtsfälle I. 6.

c) Arg. l. 5. §. 7. D. de agnosc. et alend. lib. Nur darf dadurch der Pflichttheil nicht verletzt werden; vgl. Stryck cap. 6. §. 9. Beck §. 93.

d) l. 34. D. de negot. gest. Hofacker §. 1657. Bauer. resp. 61. L. 1796.

e) l. 4. pr. D. de castr. pecul. l. 1. §. 15. D. de collat. l. 12. l. ult. C. eod. Stryck a. a. O. Cap. 3. §. 2.

f) Leyſer Sp. 411. m. 3. Lübecke diss. l. §. 4. Beck §. 4. 5. 6. Das zu dieſem Zweck Gegebene gehört ad peculium castrense, und iſt ſchon deshalb nicht zu conferiren. Etwas Anderes nimmt an Müller. ad L. obs. 644.. Buchholz §. 13. in Anſehung deſſen, was dem Sohn gegeben iſt, um eine mit Einkünften verbundene militäriſche Stelle zu erlangen; was indeß nach der heutigen, namentlich ſächſiſchen, Militärverfaſſung nicht mehr vorkommen dürfte. Eine andre Frage iſt, ob das, was Eltern den Kindern geben, um von der Militärpflicht ſich loszukaufen, der Collation unterliege? Dieſe Frage wird verneint von Pfitzer §. 171. Reinhardt §. 193.; vgl. Hohnhorſt Jahrb. des Oberappellationsgerichts zu Mannheim VI. 15.

g) Berger Oec. L. II. T. IV. th. 51. n. 7. Stryck c. 4. §. 17. Hommel Obs. 66. Beck l. l. §. 76. Vinnius XIII. 11. Reinhardt §. 189.

§. 930.

IV. Die Koſten, welche auf einen Sohn zum Studiren verwendet worden [a]), wohin auch die Koſten zum Reiſen [b]), und zur Erlangung academiſcher Würden gerechnet werden [c]). Doch müſſen dieſe Koſten alsdann conferirt

werden: 1) wenn der Vater ſolches ausdrücklich verordnet hat [d]); nur darf dieſes nicht bloß daraus gefolgert werden, daß der Vater die gedachten Koſten aufgezeichnet hat [e]), wohl aber, wenn er ſich von dem Sohne darüber hat einen Schuldſchein ausſtellen laſſen [f]); 2) wenn die Koſten ſo unmäßig ſind, daß die übrigen Kinder dadurch im Pflichttheile verletzt werden, welchenfalls der Sohn ſich an ſeinem Erbtheile ſoviel kürzen laſſen muß, als zur Ergänzung des Pflichttheils ſeiner Geſchwiſter erforderlich iſt [g]); 3) wenn der Sohn eignes Vermögen beſitzt [h]); 4) wenn die Koſten unnützer Weiſe verwendet, und der Zweck derſelben nicht erreicht worden iſt [i]). Allemal aber müſſen in den Fällen, in welchen der Sohn die aufs Studiren verwendeten Koſten zu conferiren hat, zuvörderſt diejenigen Koſten abgezogen werden, welche für deſſen nothwendigen Unterhalt, d. i. für Koſt, Kleidung und Wohnung, aufgegangen ſind [k]).

a) l. 1. §. 15. 16. D. de collat. l. fin. C. eod. l. 50. D. fam. ercisc. Stryck a. a. O. Cap. 3. §. 7. sqq. Leyſer sp. 411. m. 1. 2. Außer mehrern Schriften, welche über sumtus studiorum im Allgemeinen ſich verbreiten, ſind noch zu vergleichen J. H. Kurrer resp. Glock de immunitate studiorum aliorumque sumt. a collatione. Tubing. 1688. H. Bodinus de collatione sumtuum studiorum. Hal. 1703. Beck IV. §. 9. sqq. Lübecke diss. l. §. 6. sqq. Zoller. utrum filius sumtus stud. conferre teneatur. L. 1768. Pfitzer §. 119—124. Reinhardt §. 176—189. J. W. V. 66. Der Grund, dergleichen sumtus für eximirt von der Collation anzuſehen, beruht nach gemeinem Recht nicht auf geſetzlichen Beſtimmungen, ſondern auf einer ziemlich einſtimmigen Meinung der Rechtslehrer. Eine Rechtfertigung dieſer Annahme kann nicht darin liegen, daß ſolche sumtus ein peculium quasi castrense bilden, wie mehrere und unter dieſen Stryck cap. 3. §. 8. Lübecke §. 6. annehmen; vgl. dagegen Vinnius X. 11. Kurrer diss. l. §. 10. Pfitzer §. 120. 121. Excurſe I. S. 386., auch nicht darin, daß ſie nach l. 50. D. fam. erc. nicht in den Pflichttheil eingerechnet werden, wie Maſcov diss. l. §. 2. mit vielen Andern annimmt; vgl. dagegen l. 20. pr. C. de coll. Zoller. de jure conferendi §. 5. Pfitzer §. 123. Glück Pand. XI. §. 729. not. 8.; und eben ſo wenig kann eine beſondere Begünſtigung wiſſenſchaftlicher Bildung etwas entſcheiden, Pfitzer §. 124. 129. Auch kann es zu nichts führen, wenn man in Anſehung der sumtus studiorum mit Zoller

diss. de dote conferenda und in der oben angef. diss. §. 4. eine Schenkung annimmt; wenn man nicht zugleich Schenkungen überhaupt und auch Schenkungen sub modo von der Collationspflicht ausnimmt. Was zur Rechtfertigung der Praxis angeführt werden kann, iſt: theils das oben §. 927. not. e. angef. Princip, vgl. Pfitzer §. 119. Reinhardt §. 180., theils daß dergleichen sumtus ad alimenta civilia gehören, welche Eltern den Kindern zu leiſten haben, Zoller in der oben angef. diss. §. 9. Carrach in der not. d. angef. l. 4. 7. Dieſe Gründe ſind aber nicht bloß für eigentliche sumtus studiorum, ſondern für jeden Aufwand, der zur Ausbildung eines Kindes von den Eltern gemacht worden iſt, mithin auch für den Aufwand, welcher zur Erlernung eines Handwerks gemacht wird, gültig. Allein das ſoll und kann auch gar nicht geleugnet werden. Was Pfitzer §. 122. gegen den zweiten dieſer Gründe einwendet, iſt nur von Erheblichkeit in Anſehung der eigentlichen sumtus studiorum. Denn für Bildung des Kindes zu irgend einem Beruf, wenn auch nicht gerade zu einem wiſſenſchaftlichen, ſind die Eltern ohne Zweifel gehalten. In Sachſen iſt übrigens durch dec. 50. v. J. 1661. ausdrücklich anerkannt, daß die zum Studiren oder zur Erlangung eines gradus aufgeworfenen Unkoſten nicht conferirt zu werden brauchen, und dieſe Exemtion wird als privilegium bezeichnet. Was nun die sumtus studiorum oder überhaupt den Aufwand, welcher zur Erlernung einer Wiſſenſchaft, Kunſt oder andern Art des Gewerbes in Bezug auf Collation im Allgemeinen anlangt, ſo iſt zu bemerken: 1) vorauszuſetzen wäre eigentlich, daß der Aſcendent, von deſſen Nachlaß die Rede iſt, derjenige ſey, welcher dem Deſcendenten zunächſt verpflichtet war, alimenta zu gewähren, alſo der Vater, und in deſſen Ermangelung die Mutter oder ein anderer Aſcendent, dem alsdann die Pflicht zu Alimenten obliegt. Auf das, was andre Aſcendenten zu dieſem Behuf gegeben haben, paßt wenigſtens einer der oben angegebenen Gründe nicht, mit denen die Exemtion der sumtus stud. von der Collationspflicht gerechtfertigt wird; vielmehr liegt hier eine Schenkung, und zwar keine allgemeine, ſondern eine zu einem beſtimmten Zweck gegebene Schenkung vor. Indeß ſind die meiſten Rechtslehrer, namentlich die, welche als Grund für die Exemtion von der Collationspflicht, die praesumtio donationis annehmen, wie H. Piſtor I. qu. 19. Carpzov l. l. def. 17. und VI. resp. 71. Lüdecke §. 7. Eckoldt diss. l. th. 40. Beck a. a. O. §. 12. 13. u. a. daſ. Angeführte der Meinung, daß auch in dieſem Fall die sumtus studiorum der Collation nicht unterliegen. Vorauszuſetzen iſt aber weiter, daß der Aufwand bei Lebzeiten des Aſcendenten, von deſſen Nachlaß die Rede iſt, gemacht worden ſey; vgl. Beck a. a. O. §. 15—18. Vinnius XIII. 3. Zoller utrum sumtus stud.

§. 11—13. Müller. ad L. obs. 642. Overbeck VIII. Med. 419. Wäre jedoch der zu dieſem Aufwand geleiſtete Beitrag in Rückſtand, oder hätte der Deſcendent, für welchen der Aufwand zu machen war, zum Behuf deſſelben Schulden gemacht, ſo iſt deshalb aus dem Nachlaß Zahlung zu leiſten, ohne daß dem Deſcendenten dafür etwas von ſeiner Erbportion gekürzt werden kann, a. l. 20. §. 6. D. fam. erc.; vgl. Lübecke §. 8. Stryck l. l. §. 12. Beck §. 19. Eckoldt th. 37. Leyſer sp. 411. m. 1., verb. mit Müller. ad L. obs. 642., und Leyſer sp. 412. m. 4. Vorauszuſetzen iſt auch ein wirklich gemachter, nicht bloß vorgeſpiegelter Aufwand; Reinhardt §. 186. Dagegen iſt es nicht erforderlich, daß zur Zeit des Todes des Adſcendenten die studia abſolvirt worden ſeyen; vgl. Beck §. 23. 24. 39. Kurrer diss. l. §. 28. 34. 2) Hat der Adſcendent die sumtus studiorum wirklich beſtritten oder doch verſprochen, ſo kann natürlich auch darauf nichts ankommen, ob der Deſcendent mit dem Willen des Adſcendenten zu den Studien ſich begeben hat; vgl. Beck §. 61. 62. Etwas Anderes würde freilich gelten, wenn der Deſcendent auf den Namen des Adſcendenten geborgt hätte, um ein Studium zu betreiben, welches er wider Willen des Adſcendenten ergriffen hat. 3) Die sumtus studiorum ſind von der Collation eximirt, ſie mögen für einen Sohn oder eine Tochter aufgewendet worden ſeyn; Kurrer diss. l. §. 12., obwohl die meiſten Rechtslehrer in Beziehung auf den Aufwand für gelehrte Ausbildung nur von Söhnen ſprechen. 4) Man hat auch gefragt, ob nicht das, was ein haushälteriſcher Sohn von den ihm zu Beſtreitung ſeiner Studien gegebenen Geldern erſpart und zurückgelegt hat, in die gemeine Erbſchaft zurückzuzahlen gehalten ſey? Kurrer §. 35. verneint dies, während Beck §. 63. mit mehrern Andern daſelbſt angeführten das Gegentheil annimmt; eine Beſchränkung der Exemtion, von welcher Lübecke §. 12. bemerkt: quae limitatio, in qua salus Graeciae sita est, prae ceteris profecto probe notanda est; tantum enim eorum, qui parentibus pecuniam remittunt, credo esse numerum ut omnem computationem egrediantur. 5) Ob der Sohn, für deſſen studia Aufwand gemacht worden iſt, den er nicht zu conferiren braucht, von ſeiner ausgeſtatteten Schweſter Collation der Mitgift oder Ausſtattung verlangen könne, ſcheint zwar Carrach in dem unten angeführten pr. §. 10. zu bezweifeln, allein die meiſten ſind, wiewohl aus unzureichenden Gründen und im Widerſpruch mit dem Satz n. 2. §. 931., a. M.; vgl. Stryck us. mod. XXXVII. c. 7. §. 3. Beck §. 14. Mascov §. 3. Pfitzer §. 124. not. b. 6) Es laſſen ſich auch hier impensae necessariae und utiles unterſcheiden; Bodin. diss. l. §. 2—5. Wenn indeſſen dergleichen sumtus von dem Adſcendenten wirklich beſtritten worden ſind, ſo kommt auf dieſen Unterſchied nichts wei-

ter an. Wohl aber würde derſelbe in Betracht zu ziehen ſeyn, wenn der Sohn aus eigner Macht Aufwand gemacht hätte, der zu Vollendung der Studien nicht gerade nothwendig war. Beſonders iſt in Frage geſtellt worden, ob unter dem Aufwand für gelehrte Studien, auch die Ausgabe für Bücher, Inſtrumente u. dgl. paſſiren, ohne conferirt werden zu dürfen? Im Allgemeinen wird dieſe Frage bejahet; dabei kommen aber höchſt ſubtile Erörterungen, Diſtinctionen und Limitationen vor, die am Ende auf das bekannte: est modus in rebus etc. hinauslaufen, und hier unmöglich weiter erörtert werden können. Es gnüge daher, was dieſen Punkt betrifft, zu verweiſen auf Lübecke §. 13. 14. Kurrer §. 19. 23. J. Fr. Wernher (resp. Pagenhardt) de collatione c. libros studiorum caussa comparatos. Viteb. 1729. Maſcov §. 3. Beck §. 20—35. Pfitzer §. 125. Daß übrigens unter den von der Collation eximirten sumtibus studiorum nicht bloß der Aufwand während der eigentlichen Studienzeit, ſondern auch der, welcher nach Ablauf dieſer Zeit für die praktiſche Ausbildung, oft nur zu lange noch, gemacht werden muß, begriffen ſey, ſ. Pfitzer §. 120.

b) Stryck l. l. §. 13. Carpzov l. l. def. 18. Lübecke §. 8. Kurrer diss. I. §. 15. Beck §. 36—38. Die respons. bei Frankenſtein diss. de coll. bon. gen. §. 12. Berger Oec. II. 4. th. 51. n. 8. Leyſer sp. 411. m. 2., deſſen Cenſor Müller obs. 643., aus Gründen, welche ſchon von Maſcov diss. l. §. 3. geltend gemacht worden waren und am Ende darauf hinauslaufen, daß Reiſen ad studia perficienda nicht gerade nothwendig ſeyen, a. M. iſt; Pfitzer §. 127.

c) d. l. 1. §. 16. D. de collat. Carpzov def. 17. Stryck l. l. §. 16. sqq. Berger a. a. O. Vinnius X. 11. XIII. 15. Lübecke §. 13. 14. Kurrer §. 23. 24. Bodin. §. 22. Maſcov §. 7. Pfitzer §. 126.

d) a. l. 50. D. fam. erc.; vgl. dazu außer den not. a. genannten Rechtslehrern J. T. Carrach de jussu patris in conferendis studiorum sumtibus rato vel irrito ad l. 50. D. fam. erc. Hal. 1748. in deſſen progr. jurid. Hal. 1764. n. 4. dec. 50. v. J. 1661. und dazu Philippi obs. 3.; vgl. übrigens Beck §. 44. Leyſer sp. 412. m. 2. 3. Zoller diss. l. §. 6—10. Pfitzer §. 129. 130. 135., insbeſondere den Rechtsfall in Günther und Otto juriſt. Magazin I. §. 5. S. 448. II. 9. S. 285.

e) Lübecke diss. l. §. 9. Kurrer §. 30. 31. Stryck cap. 3. §. 11. Beck §. 45. Overbeck VIII. Med. 418. v. Bülow Abh. I. 6. §. 13. Zweifel gegen dieſe Ausnahme ſ. bei Pfitzer §. 129. 130. In Sachſen iſt dieſer Punkt durch die angeführte dec. 50. entſchieden; vgl. Philippi obs. 3.

f) Berger Oec. II. 4. 51. n. 8. In dieſem Fall wird das Aufgewendete nicht als conferendum, ſondern als Schuld betrachtet; vgl. Pfitzer §. 130.

g) Lüdecke §. 11. Kurrer §. 33. Beck §. 57. Mascov §. 5.; und für Sachſen angeführte dec. 50. Philippi obs. 1. 2.

h) Carpzov l. l. def. 18. 19. Berger a. a. O. Philippi ad dec. 50. obs. 2. Stryck l. l. §. 21. Beck §. 58—60. Indeß war ſchon Bachov. ad Tr. II. 17. th. 5. litt. H. andrer Meinung; vgl. auch, was dagegen von Pfitzer §. 140—144. erinnert worden iſt.

i) Stryck §. 19. Berger l. l. Beck §. 47—53. Pfitzer §. 129. 131—134. in Sachſen dec. 50. a. E., welche jedoch nach den Worten: nach Befindung; zu ſchließen, hierbei arbitrium judicis eintreten läßt. Ob hierher auch gehöre, wenn das Kind die studia verläßt und eine andre Lebensart wählt, vgl. Beck §. 54—56. Pfitzer §. 133.; eine Frage, die ebenfalls nach den Umſtänden verſchieden beantwortet werden muß. Zu verneinen würde ſie ſeyn in dem Fall, wenn die Aenderung mit Willen des Vaters oder nach zweckmäßiger Vollendung der Studien erfolgt iſt.

k) Stryck l. l. §. 18. Lüdecke §. 9. Beck §. 46. Pfitzer §. 136. Reinhardt §. 188.

§. 931.

V. Was die Eltern bei Lebzeiten den Kindern geſchenkt haben, es ſey nun zur Wiedervergeltung für gewiſſe ihnen geleiſtete Dienſte, oder auch nur aus bloßer Freigebigkeit geſchehen [a]), ausgenommen, 1) wenn die Schenkung gleich unter der Bedingung geſchehen iſt, daß der Erbe ſich künftig ſoviel an ſeinem Erbtheile kürzen laſſen ſolle [b]); 2) wenn der Vater einem andern ſeiner Kinder etwas, das er zu conferiren ſchuldig iſt (z. B. zur Mitgift, zur väterlichen Mithülfe ꝛc.), gegeben hat, welchenfalls auch derjenige, welchem etwas bloß geſchenkt worden, ſolches ebenermaßen conferiren muß [c]). Endlich VI. ſind auch die Hochzeitkoſten der Collation nicht unterworfen, dafern nicht der Vater ausdrücklich das Gegentheil verordnet hat [d]). Das Nämliche gilt auch von den Hochzeitgeſchenken [e]). Hingegen müſſen diejenigen Koſten, welche die Eltern zur Anſchaffung der Hochzeitskleider und des Schmucks [f]), wie auch der ſogenannten Mahlſchätze [g]), für ihre Kinder verwendet haben, allerdings conferirt werden.

a) l. 20. §. 1. C. de collat. l. 18. C. fam. ercisc., denen freilich l. 13. C. de collat. entgegen zu ſtehen ſcheint; vgl. über das letztere Geſetz Vinnius XV. 8—10. Pufendorf I. obs. 171. Duclos ad l. 13. C. de coll. Arg. 1717. Pfitzer §. 184. S. 436. Klüpfel über einzelne Theile des Rechts. Stuttg. 1817. Francke S. 233. ff. Schweppe §. 864. S. 224. not. 2. Fein Lehre v. der Collat. §. 43. 44. Die Frage ſelbſt, ob donatio simplex zu conferiren ſey, gehört unter die ſehr beſtrittenen. Die in dem Text aufgeſtellte Meinung wird vertheidigt von Berger Oec. II. 4. 51. 8. Wernher p. 1. obs. 317. Vinnius c. 15. Maſcov §. 30. Frankenſtein diss. l. §. 16. und das daſ. §. 16. angef. resp. der Jur.=Fac. zu Leipzig. Hommel obs. 362. Zoller de jure conf. §. 6. und de dote haud conf. §. 4. ff. Müller. ad L. obs. 638. Weſtphal Rechtsgutachten. n. 456. Overbeck Med. VIII. 420. Pufendorf II. obs. 66. Pfitzer §. 184—186. Reinhardt §. 222. Klüpfel a. a. O. A. M. ſind dagegen Stryck IV. §. 13—16. Schilter Ex. XLI. §. 17. Leyſer sp. 410. m. 1. Buchholz §. 10. und die daſelbſt, ingleichen bei Beck §. 99. sqq. angeführten, von denen mehrere unterſchieden wiſſen wollen, ob die Schenkung einem in väterlicher Gewalt befindlichen Kinde oder einem andern geſchehen iſt. In dem letztern Fall, wenn einem Emancipirten geſchenkt worden iſt, ſoll Collation Statt finden, Brunner de collat. c. 14. n. 839. sqq. Eben ſo, wenn die Mutter den Kindern geſchenkt hat, Stryck l. l. §. 16. Entſcheidend für die erſtere Meinung ſcheint l. 20. §. 1. C. de collat., gegen welche l. 13. C. ib. ſchon darum nicht mit Erfolg angezogen werden kann, da ſie auf die collatio juris antiqui zu beziehen iſt; vgl. J. W. VII. 3. n. 4. Ueber donationes renumeratoriae und daß dieſe, wenn ſie nicht übermäßig ſind, nicht conferirt zu werden brauchen, vgl. Vinnius XIII. 12. Beck §. 69. Leyſer sp. 411. m. 5. Müller. ad L. obs. 645. Beck §. 69. Reinhardt §. 230. v. Hartitzſch n. CCCLIX.; vgl. Kritz Rechtsf. I. 1. §. 3. f. Noch weit weniger unterliegt das, was als wahrer Lohn für geleiſtete Dienſte den Kindern gegeben iſt, der Collation; Harpprecht de salar. pro operis liberos praest. cap. 5. §. 42. Tubing. 1689. in deſſen diss. I. n. 2. Beck §. 68. Was aber andre Arten der Schenkung anlangt, ſo hat man vermittelſt eines arg. a contrar. d. l. 20. und nach Analogie der dos und donatio pr. nuptias den Satz aufgeſtellt, daß alle donationes sub modo oder ex caussa der Collation unterliegen; vgl. Maſcov §. 19. Beck III. 40. Pfitzer §. 106. Reinhardt §. 239—241. Allerdings läßt ſich mit Francke in der angef. Abh. S. 207. manches dagegen einwenden. Es iſt kein ausreichender Grund zwiſchen einer unbedingt geleiſteten Schenkung und einer aus einer gewiſſen Urſache

oder zu einem gewiſſen Zweck geleiſteten Schenkung, in Beziehung auf Collation zu unterſcheiden. Da, wo die Geſetze ſelbſt einen ſolchen Unterſchied nachweiſen, wie dies in Anſehung der dos und donatio propter nuptias im Gegenſatz der donatio simplex der Fall iſt, muß man ſich freilich beruhigen; allein eine Singularität bleibt auch hier immer, und auf ſolche einen allgemeinen Satz gründen zu wollen, erſcheint bedenklich. — Da übrigens Schenkungen im Zweifel nicht vermuthet werden, ſo iſt der Erbe, welcher von der Collation unter dem Vorwande der Schenkung ſich befreien will, vor allen Dingen das Daſeyn einer Schenkung zu beweiſen ſchuldig; vgl. Beck §. 100. Bauer resp. jur. 61. L. 1796., in Verbindung mit Leyſer sp. 413. m. 5. Püttmann adversar. II. 7.

b) l. 20. §. 1. C. de collat.

c) d. l. 20. §. 1. Hofacker §. 1659.; vgl. über dieſe Ausnahmen Vinnius XV. 2. Beck §. 102. Maſcov diss. l. §. 30. Müller. ad L. obs. 638. 648. Kind II. qu. 64. Pfitzer §. 185. 186. Reinhardt §. 224—228. Es fragt ſich, ob die letztere Ausnahme nicht auch in andern Fällen bewirken könne, daß eine eigentlich nicht zur Collation geeignete Gabe conferirt werden muß? eine Frage, die man insbeſondere mit Beziehung auf Legate und Hochzeitaufwand aufgeworfen hat. Wirklich behauptet dies Grieſinger Comm. z. Würtemb. Landrecht. VI. §. 111. A. M. ſind jedoch Pfitzer §. 110. und Reinhardt §. 225—227. Geht man mit den beiden letztern von der Anſicht aus, daß der angezogene Umſtand nur da wirkſam erſcheine, wo ein der Natur der Sache nach zur Collation vollkommen geeignetes und nur durch ſinguläre Beſtimmung des poſitiven Rechts eximirtes Object, wie Schenkung, vorliegt, ſo muß man dieſer Anſicht allerdings beipflichten. Allein von dieſer Anſicht ging wenigſtens Juſtinian nicht aus, und die Billigkeitsgründe, welche bei der Lehre von der Collation ſo große Bedeutung haben, ſprechen für die entgegengeſetzte Meinung.

d) Coler. dec. I. 62. n. 28. Carpzov p. III. c. 11. def. 21—23. Stryck a. a. O. cap. 4. §. 8. Berger a. a. O. not. 9. Lübecke diss. l. §. 20. Vinnius XIII. l. Beck IV. §. 84. Hommel obs. 66., welcher §. mit mehrern daſ. angef. den aufgeſtellten Satz auch für den Fall anwendet, wenn mit verheiratheten Kindern unverheirathete concurriren, oder der Aufwand für die Hochzeit mehrerer verheiratheten Kinder ungleich iſt; Maſcov diss. l. §. 25. Als diſſentirend iſt mir bloß Buchholz §. 15. bekannt. Außer der bereits im Text erwähnten Ausnahme, zu welcher auch der bei Carpzov erwähnte Fall zu rechnen iſt, wenn einer Tochter das Ausrichten der Hochzeit als Mitgift angerechnet

worden iſt; vgl. Beck §. 87. 88., und den Fall, wenn durch übermäßigen Hochzeitsaufwand die legitima der übrigen Kinder verletzt worden ſeyn ſollte (obwohl auch hier Leyſer sp. 414. m. 3. eine Ausnahme nicht anerkennen will; vgl. dagegen Müller obs. 652.), führt man noch den Fall an, wenn die Kinder durch jenen Aufwand locupletiores geworden ſind. Das läßt ſich aber nur in dem Fall annehmen, wenn, wie das häufig geſchiehet, das Ausrichten einer ſtattlichen Hochzeit als Reizmittel benutzt wird, von den Geladenen anſehnliche Hochzeitgeſchenke herauszulocken; wobei denn von Einigen angenommen wird, daß nicht ſowohl der Hochzeitaufwand, als die Hochzeitgeſchenke das Object der Collation bilden. Das Letzte iſt gewiß unſtatthaft; aber auch in Anſehung der Ausnahme überhaupt iſt man nicht einverſtanden; vgl. Stryck §. 9. Lüdecke §. 21. Maſcov §. 25. Beck §. 92. n. 4. Hätte der Vater dem Sohne, der Tochter eine gewiſſe Summe zur Ausrichtung der Hochzeit gegeben, es wäre aber dieſe Summe ſtatt zu den Hochzeitkoſten zu andern nützlicheren Zwecken benutzt worden; ſo könnte es allerdings ſcheinen, als ob eine ſolche Gabe als Ausſteuer oder Mitgift zu betrachten und demgemäß zu conferiren ſey. Auf der andern Seite erſcheint es aber in der That unbillig, die Kinder für den Fall, in welchem ſie das beſſere Theil erwählt haben, ſtrenger zu verpflichten, als es außerdem der Fall geweſen ſeyn würde. Man ſollte daher wohl in einem ſolchen Falle eine donatio, die der Collation nicht unterliegt, annehmen.

e) Stryck a. a. O. §. 9. Berger a. a. O. Lüdecke §. 21. Beck IV. §. 66. 67. 92. Die Hochzeitgeſchenke, welche von Andern als den eignen Eltern des ſich verheiratheten Kindes gegeben werden, ſind Adventitien, die als ſolche der Collation gewiß nicht unterliegen.

f) Coler. l. l. n. 34. Carpzov l. l. def. 11. Stryck a. a. O. §. 10. Hommel obs. 66. Lüdecke §. 19. Vinnius XIII. 1. Beck III. 30. IV. 87. Leyſer sp. 414. m. 2. 3. 4. Pfitzer §. 103. Abweichend iſt Wiſſenbach diss. ad Pand. II. disp. 12. th. 15.; ingl. Brunner de coll. IV. n. 697. Müller. ad L. obs. 651., welche das Ermeſſen des Richters eintreten laſſen wollen. Ob dieſe Gegenſtände bei oder vor der Hochzeit gegeben ſind, worauf namentlich Leyſer Gewicht legt, iſt gleichgültig, wenn nur die Sachen der Hochzeit und Verheirathung wegen gegeben ſind.

g) Carpzov l. l. def. 12. Stryck l. l. §. 11. Lüdecke §. 19. Maſcov §. 18. Pfitzer §. 105., der jedoch Mahlſchatz und Brautgeſchenke für eins nimmt, und beides als von den Eltern gegeben vorausſetzt. Ueber die abweichenden Anſichten älterer vgl. Beck III. §. 37. — Man findet auch die Frage aufgeworfen, ob die wegen einer geſuchten Diſpenſation aufgewendeten Koſten, in=

gleichen das proxeneticum, was einem Vermittler der Heirath gegeben wird, der Collation unterliege? Die Frage wird verneint von Stryck l. l. Beck IV. §. 89. 90. Maſcov §. 25., jedoch was die Diſpenſationskoſten anlangt, mit manchen Unterſcheidungen, Lüdecke §. 22.

§. 932.

In Anſehung des Objects der Collation iſt im Allgemeinen zu bemerken, daß der Wille des Aſcendenten, von deſſen Erbſchaft die Rede iſt, Aenderungen veranlaſſen kann, welche, inſofern der Pflichttheil der betheiligten Deſcendenten nicht beeinträchtigt wird, allerdings zu beachten ſind[a]). Was insbeſondere A) die von der Collation eximirten Gegenſtände betrifft, ſo können auch dieſe bisweilen der Einwerfung unterworfen ſeyn. Mehrere ſolcher Fälle ſind bereits in Vorſtehendem erwähnt[b]). Die Frage, ob auch der bloße Wille des Erblaſſers dergleichen Objecte der Collation unterwerfen könne[c]), iſt in Anſehung ſolcher Gaben, zu denen die Eltern gehalten waren, zu verneinen[d]), übrigens aber im Allgemeinen zu bejahen[e]). Was B) Sachen, die der Collation unterworfen ſind, anlangt, ſo fällt in Anſehung derſelben die Collation weg: I. wenn der Erblaſſer in ſeinem Teſtament die Collation verboten oder erlaſſen hat[f]), wobei zu bemerken: 1) daß der Erlaß der Collation nicht nur mit ausdrücklichen Worten, ſondern auch ſtillſchweigend geſchehen kann[g]); z. B. wenn der Vater in ſeinem letzten Willen die ganze Erbſchaft, ohne der Collation zu gedenken, unter ſeinen Kindern vertheilt hat[h]), oder wenn er in Beziehung auf dasjenige, was eines ſeiner Kinder bei ſeinen Lebzeiten erhalten, dem andern, welches nichts erhalten hat, eine gleich große Summe im Voraus vermacht[i]), 2) daß in dem Falle, da durch den Erlaß der Collation die übrigen Kinder in dem Pflichttheile verletzt werden, dieſe auf Ergänzung klagen können[k]). II. Wenn die Kinder ſich von der Erbſchaft losſagen, und mit dem, was ihnen der Erblaſſer bei ſeinen Lebzeiten gegeben hat, zufrieden ſeyn wollen[l]); aber auch in dieſem Falle ſind die Geſchwiſter, welche durch jene Zuwendungen im Pflichttheile

verkürzt worden ſind, auf deſſen Ergänzung zu klagen befugt [m]).

a) Vgl. Leyſer sp. 412. 413. Schweppe §. 944. S. 417. Pfitzer §. 111. 172. Dieſe Willenserklärung kann ſowohl in dem errichteten letzten Willen, als auch auf andere Weiſe geſchehen; vgl. Leyſer l. l. m. 1. Und was §. 930. n. 1., ingl. in vorliegendem §. sub B. I. geſagt worden iſt, ſcheint allgemein anwendbar.

b) Vgl. §. 927. 930. 931. Am erheblichſten iſt die bereits an letzterer Stelle berührte Frage, ob die unter 2. in Anſehung der donat. simplex erwähnte Ausnahme allgemeine Anwendung habe? Eben ſo kann gefragt werden, ob nicht ſo, wie nach §. 930. n. 3. sumtus studiorum, ſo überhaupt Alimente (§. 929.), ingleichen Hochzeitkoſten §. 931. VI., dann conferirt werden müſſen, wenn die Deſcendenten, welche dergleichen Gaben empfangen, eignes Vermögen beſaßen? In Anſehung der beiden erſtern Gaben zweifeln allerdings die, welche meinen, daß die Verbindlichkeit der Eltern und ſelbſt des Vaters ad alimenta und namentlich ad alimenta civilia nur ſubſidiar ſey. Auch beruft man ſich wohl auf die Collation der Mitgift, indem man anführt, daß Mitgift conferirt werden müſſe, wenn gleich auch dieſe der Vater einer Tochter zu gewähren ſchuldig ſey; vgl. dagegen Pfitzer §. 138—144. Es kann nicht geleugnet werden, daß hier ein Punct iſt, in welchem man nach der angenommenen Theorie der Collation auf Schwierigkeiten ſtößt, welche kaum zu beſeitigen ſind. Leichter iſt die Entſcheidung in Anſehung der Hochzeitkoſten, bei welchen, da ſie immer freiwillig gegeben werden, nichts darauf ankommen kann, ob eignes Vermögen der Deſcendenten vorhanden war, oder nicht.

c) Vgl. Pfitzer §. 111. Thibaut Pand. §. 885. Reinhardt §. 372—382.

d) Vgl. Stryck cap. 6. §. 9. Beck §. 93. Maſcov diss. l. §. 26. Buchholz §. 24. Thibaut a. a. O. Dies gilt namentlich von Alimenten, was ſogar in Anſehung der sumtus studiorum annimmt, wenn nicht das gehörige Maaß überſchritten, Lübecke diss. l. §. 12. A. M. iſt Lauterbach coll. Pand. XXXVII. 6. §. 16. Reinhardt §. 380., nach welchen auch die Collation der Alimente auferlegt werden kann, ſo weit nicht der Pflichttheil hiermit verkürzt wird. Die erſtere Meinung ſcheint indeß die richtigere, da Alimente und Pflichttheil aus verſchiedenen Verpflichtungsgründen zu präſtiren ſind und die eine Schuld nicht durch die andre abgemacht werden kann.

e) Reinhardt §. 379. Thibaut a. a. O. Schweppe §. 804. a. E. Daß den Eltern ein Recht zugeſtanden haben müſſe, Erſatz

für das Gegebene zu fordern, wie Erſterer annimmt, iſt keineswegeserforderlich. Es kann vielmehr auch aus bloßer Liberalität gegeben ſeyn. Wichtiger iſt die Bemerkung von Thibaut, daß nur ein im Augenblick des Gebens gemachter Vorbehalt den Aſcendenten das Recht, die Collation anzuordnen, geben. Die angeführte l. 20. §. 1. C. de coll. beſtätigt dieſen Satz wenigſtens in Anſehung der donatio simplex; vgl. Pfitzer §. 185. S. 442. Ob übrigens der Vater die Collation ſolcher der Collation nicht unterworfenen Objecte gewollt habe, bleibt quaestio facti, welche der zu beweiſen hat, welcher die Nothwendigkeit der Collation ſolcher Objecte behauptet. Hier kann nun im Allgemeinen, wie nach §. 930. bei Studienkoſten insbeſondere, die Frage aufgeworfen werden, ob man den Willen des Vaters auch aus Thatſachen, namentlich aus dem Umſtande, daß derſelbe über dergleichen Gaben Buch und Rechnung geführt hat, folgern dürfe? vgl. Pfitzer §. 266.

f) Der Wille des Vaters oder überhaupt des Aſcendenten äußert ſich als Erlaß in Beziehung auf die Kinder, welche von der Collationspflicht befreit werden; als Verbot in Beziehung auf die mit denſelben concurrirenden Deſcendenten, inſofern dieſen unterſagt wird, die Collation zu fordern. Es iſt aber gleichgültig, ob zur Beſeitigung der Collation die eine oder die andere Willensäußerung gewählt worden iſt; vgl. übrigens über den Erlaß der Collation N. 18. c. 6. Auth. ex test. C. de collat. Stryck l. l. cap. 6. §. 7. Leyſer sp. 413. Beck VII. §. 1—14. W. A. Schöpf de remissione collat. Tub. 1798. Pfitzer §. 174. ff. Reinhardt §. 322. 332. Schweppe §. 865. a. E. Wenn in dem §. von dem in einem letzten Willen ausgeſprochenen Erlaß die Rede iſt, ſo darf dies nicht ſo verſtanden werden, als ob dazu ein förmlich errichteter letzter Wille erforderlich ſey; Stryck l. l. §. 8. Schilter ex. XLI. n. 24. Beck §. 4. Reinhardt §. 327. Es reicht vielmehr auch jede andre Willenserklärung hin, wobei denn freilich ein beſonderer Beweis des geſchehenen Erlaſſes nothwendig wird; vgl. Leyſer l. l. m. 1. Der Erlaß kann auf alle conferenda oder nur auf einige, auf alle Collationspflichtige, oder nur auf einzelne derſelben ſich beziehen, und iſt jeden Falls stricte zu erklären. Beck a. a. O. §. 3. 6. Schöpf diss. l. §. 8. Leyſer l. l. m. 4.

g) Berlich II. dec. 246. Carpzov p. III. c. 11. def. 24. und decis. 166. Lauterbach de dotis coll. §. 61. u. coll. Pand. tit. de coll. §. 25. Schöpf diss. l. §. 47. Berger Oec. II. 4. 51. not. 3. et 10. Leyſer sp. 413. m. 6. Vinnius cap. VII. §. 7. Schmidt Rechtsſpr. n. 22. und deſſ. Abh. I. 22. Pfitzer §. 174—180. Reinhardt §. 317. 318. Gottſchalk disc. I. 37. A. M. iſt Stryck l. l. §. 7. Brunner

de collat. II. n. 121. Struve Ex. XXXVII. th. 36. 42. und dazu Müller not. ε. Eckoldt diss. l. §. 6. Maſcov §. 31. Haubold ad Berg. l. l. not. g. J. W. VI. 143. v. Hartitzſch n: LXXXVIII. Zeitſchr. N. F. V. 51. S. 469. Fein a. a. O. §. 67. Daß bei der collatio des alten Rechts ex praesumta patris voluntate die Collationspflicht wegfallen konnte folgert man aus l. 39. §. 1. D. fam. erc. l. 65. §. 1. D. de R. V. l. 61. D. de her. inst. Die Frage iſt bloß, ob nicht durch N. 18. c. 6. etwas Anderes disponirt worden ſey? und dies ſcheint in der That mit Recht verneint zu werden. Nur werden freilich zu einem ſtillſchweigenden Erlaß concludente Handlungen erfordert, wofür denn namentlich bloßes Stillſchweigen rückſichtlich der Collation nicht gilt; Schöpf §. 7. Müller ad L. obs. 648. Gottſchalk l. l. p. 409. Daher auch aus dem Umſtande, daß der Vater einem ſeiner Kinder die Collation des bei Lebzeiten Gegebenen auferlegt hat, für die andern, welche ebenfalls bei Lebzeiten des Vaters conferenda empfangen haben, ohne daß ihnen die Pflicht zu conferiren ausdrücklich auferlegt worden iſt, kein Erlaß der Collation folgt. Leyſer l. l. m. 4. Noch weit weniger kann dafür die Erklärung, daß alle Kinder die Erbſchaft zu gleichen Theilen erben ſollen, gelten, weil ja eben dies als Hinweiſung auf Collation verſtanden werden kann. Stryck cap. 4. §. 21. Brunner l. l. n. 121. A. M. iſt Beck §. 12. Carpzov dec. 166. n. 20. ff. Auch der bei Beck §. 13. n. 2. angeführte Fall, in welchem der Teſtirer verboten hatte, diejenigen ſeiner Deſcendenten, welche conferenda erhalten hatten, zu eidlicher Angabe des Empfangenen zu nöthigen, kann nicht als Erlaß der Collationspflicht angeſehen werden; dagegen iſt es keine ſtillſchweigende, ſondern eine ausdrückliche Remiſſion der Collation, wenn das Gegebene von dem Vater für praecipuum erklärt oder als ſolches angewieſen wird; Carpzov def. 24. Lyncker resp. II. 30. Beck §. 8. 9. 11. Stryck §. 7. in fin. Mävius I. dec. 84. Maſcov §. 31. Gottſchalk p. 412.

h) Carpzov dec. 166. n. 20. Leyſer l. l. m. 7. Gottſchalk l. l. p. 409. A. M. ſind jedoch Böhmer consult. et decis. II. 2. n. 851. qu. I. Schöpf §. 12. Der Unterſchied zwiſchen dieſem Fall und den not. praec. angegebenen iſt allerdings etwas ſubtil, aber denn doch wohl nicht unbegründet. Dies vorausgeſetzt bedarf es gar nicht einmal des Zuſatzes, daß jeder den ihm beſchiedenen Antheil voll und ohne Abzug erhalten ſoll, in welchem Beck §. 13. ebenfalls einen ſtillſchweigenden Erlaß findet.

i) l. 39. §. 11. D. fam. erc. Carpzov def. 24. Stryck l. l. cap. 6. §. 7. in fin. Leyſer l. l. m. 8. Beck §. 9. 10. Schmidt Rechtsſpr. n. 22. Gottſchalk l. l. p. 409. Daß das zur Abfindung Gegebene dem conferendo gleich ſey, iſt nicht

erforderlich, Leyſer l. l. Beck §. 14. Daß gerade etwas im Voraus vermacht werde, iſt ebenfalls nicht nöthig; es gnügt, daß das Erbtheil des einen Kindes wegen deſſen, was das andre bei Lebzeiten empfangen hat, höher angeſetzt wird. Wenn der Vater auf dieſe Weiſe ſeinen Deſcendenten beſtimmte Theile anweiſet, und dieſe Theile die Erbmaſſe nicht erſchöpfen, ſo nimmt an dem zu vertheilenden Ueberreſt auch das bei Lebzeiten bedachte Kind Theil. Brunnemann ad l. 1. C. de coll. n. 3. Beck §. 14. n. 2. Daß die Anweiſung einer beſtimmten Sache, wenn ſie nicht etwa in einer Schenkung beſteht, von der collatio nicht befreie, ſ. Leyſer sp. 413. m. 8. Püttmann advers. II. 7. Beide ſprechen aber von einer bei Lebzeiten des Aſcendenten erfolgten Anweiſung. Wäre das conferendum Gegenſtand eines Legats, ſo würde doch wohl eine Art leg. liberationis anzunehmen ſeyn. Brunnemann l. l. Beck §. 11. Eine remissio specialis tacita iſt anzunehmen, wenn der Erblaſſer auf ein Verzeichniß der conferendorum ſich bezogen hat, und in dieſem Verzeichniß eine beſtimmte Poſt ſich nicht findet; vgl. Gottſchalk l. l. Ueber die Frage, ob aus dem Umſtand, daß die dem einen Kind beſchehene Zuwendung den übrigen verheimlicht worden iſt, ein Schluß auf Erlaß der Collation zu machen ſey, vgl. Dabelow im Arch. für civ. Pr. II. 6. und den daſelbſt angef. Rechtsfall. Im Allgemeinen kann dieſe Frage nicht beantwortet werden; nur in dem Fall kann man mit Sicherheit die Abſicht, Collation auszuſchließen, annehmen, wenn die Zuwendung mittelſt eines Scheinkaufs erfolgt iſt; wiewohl in dieſem Fall eine Schenkung vorliegen kann, die ohnehin nicht eingeworfen wird. Mit der Frage über ſtillſchweigenden Erlaß der Collation hängt übrigens auch die Frage zuſammen, ob Lehngüter oder bona feudo vicina der Collation unterworfen ſind; vgl. über dieſe Frage Stryck l. l. cap. 3. §. 6. Beck III. §. 52—54. IV. §. 80—83. Leyſer sp. 409. m. 1. Dabelow Erört. über die Frage, ſind die Töchter eines verſt. Lehnsmannes befugt, bei der Succeſſ. mit den Söhnen in das väterliche Allod. die Conferirung der neuerworbenen Lehngüter zu fordern. Halle 1791. D. E. Löhr (pr. Biener. in deſſen opusc. dieſe diss. nicht aufgenommen worden iſt) de collatione feudorum. L. 1793. Böhmer Rechtsf. I. 80. Pfitzer §. 158—166. Reinhardt §. 194—212. Die Frage kann hier nur den Sinn haben, ob und inwieweit feuda noviter und zwar titulo oneroso acquisita zu Gunſten der nicht lehnsfähigen Succeſſoren zu der gemeinen Maſſe conferirt werden müſſen? Daß das Lehngut ſelbſt nicht mit der Allodialmaſſe in Eins verbunden werden könne, unterliegt keinem Zweifel, ſelbſt wenn es feudum mere hereditarium ſeyn ſollte. Die Frage iſt alſo bloß, ob nicht der Werth des Lehns oder doch der zum Behuf der Erwerbung

aus dem Allodialvermögen gemachte Aufwand conferirt werden müſſe, da dieſer den nicht lehnsfähigen Erben entzogen wird? Beides ſcheint im Allgemeinen verneint werden zu müſſen; wenn ſchon in dem Fall, daß durch Erwerb des Lehns der Pflichttheil der nicht lehnsfähigen Kinder verkürzt worden ſeyn ſollte, eine Klage ad supplendam legitimam Statt findet; vgl. oben §. 700. Der entgegengeſetzten Anſicht iſt vornehmlich Dabelow in der angez. Schrift, der aber von Pfitzer a. a. O. §. 165—168. widerlegt wird. Es fragt ſich nur, ob daſſelbe auch in Sachſen anzunehmen iſt, wo nach §. 701. b. der neue Werth eines aus dem Allodialvermögen neu erworbenen Lehns zum Behuf der Ermittelung des Pflichttheils der Notherben zu dem Allodialvermögen hinzugerechnet werden muß? Dies iſt jedoch, da von dem Recht Ergänzung des Pflichttheils zu verlangen, auf das Befugniß, Collation zu fordern, nicht ohne Weiteres geſchloſſen werden darf, zu verneinen.

k) Auth. unde C. de inoff. test. Leyſer l. l. m. 1. 3. Schöpf diss. l. §. 2. Weſtphal Rechtsgutachten. n. 49.; vgl. §. 934. not. oo.

l) l. 8. 9. D. l. 4. C. de dot. coll. N. 92. c. 1. Carpzov dec. 106. Stryck l. l. cap. 6. §. 11. 12. Vinnius XVI. §. 14. Beck II. §. 31. seq. VII. 25. Buchholz §. 19. Pfitzer §. 58—62. Reinhardt §. 34—37. Bauer. resp. 17. L. 1792. J. W. VII. 3. n. 4. Biener qu. 36. in opusc. II. p. 175. Die entgegengeſetzte Meinung hat beſonders auszuführen geſucht Lammers, Erört. der Frage, ob die Renunciation auf die Erbſchaft überhaupt von der Collationsverbindlichkeit befreie? Erlangen 1795., welcher für die Fortdauer der Collationspflicht vornehmlich die Ungleichheit, die auf ſolche Weiſe unter Deſcendenten entſtehen kann, und eben durch Collation verhindert werden ſoll, ingleichen den Umſtand, daß das Geben und Empfangen von conferendis eine anticipirte Erbfolge ſey, geltend macht; und dagegen Rössler. diss. renunc. hered. ab onere collat. liberare adv. Lammersium. Frcf. 1800. Pfitzer §. 63. ff. In dem angegebenen Satz ſpricht ſich der Unterſchied zwiſchen conferendis und Schulden am deutlichſten aus; jene werden nicht gewährt von Deſcendenten, welche von der Erbſchaft ſich losſagen, wohl aber dieſe; vgl. Lyncker dec. 450. Beck VII. §. 25. Buchholz §. 24. Schweppe §. 864. S. 222. not. l. Uebrigens iſt für den Fall des Verzichts auf die elterliche Erbſchaft noch zu bemerken: 1) weder die Miterben noch die Gläubiger haben ein Recht, die verzichtenden Deſcendenten zur Collation zu nöthigen; vgl. Carpzov dec. 166. Beck II. §. 33. n. 4. 2) Auch in dem Fall, wenn der Vater die Collation ausdrücklich anbefohlen hatte, bleibt den Kindern frei, durch Verzicht auf die väterliche Erbſchaft von der Collationspflicht ſich zu befreien; vgl. Breu-

ning an renunciare liceat hereditati, si collatio in test. paterno imperata sit. Lips. 1774. Dies ſogar dann, wenn die Dispoſition des Erblaſſers dahin gegangen wäre, daß das bei Lebzeiten bedachte Kind nichts als den Pflichttheil empfangen, und das Empfangene mehr als deſſen Pflichttheil betragen ſollte; vgl. Biener qu. 36., den Fall etwa ausgenommen, wenn ein rechtsbeſtändiger Wiederruf des Gegebenen angenommen werden könnte. 3) Auch wenn der Vater einem Kinde etwas, was dereinſt zu conferiren geweſen wäre, verſprochen hat, aber vor Erfüllung des Verſprechens verſtorben iſt, kann das bedachte Kind von der Erbſchaft ſich losſagen und gleichwohl das Verſprochene von den Erben fordern; vgl. l. 9. D. de dotis coll. Lyncker dec. 1327. Beck §. 33. n. 4. u. a. daſ. angef. — Dagegen befreit Antritt der Erbſchaft cum beneficio inventarii natürlich nicht von der Collation; vgl. Beck II. §. 44. Pfitzer §. 83. Reinhardt §. 144—153. Eine andre Frage wäre: ob ein Kind, das unter der Erklärung aus dem wirklich verlaſſenen Vermögen nichts zu verlangen, antritt, das Vorempfangene conferiren müſſe? Man ſollte meinen, daß die übrigen Deſcendenten eine ſolche Erklärung ſich noch weit eher als eine unbedingte Repudiation gefallen laſſen könnten; weil dann ihr Miterbe noch den Gläubigern verhaftet bliebe; vgl. Pufendorf IV. obs. 104. Indeß ſteht immer entgegen, daß eine ſolche Erklärung als ein bedingter Erbſchaftsantritt ungültig erſcheint; vgl. §. 908. not. a. Was übrigens von Ausſchlagung einer deferirten Erbſchaft gilt, das muß auch Statt finden, wenn ein Deſcendent Erbe nicht wird A) in Folge Verzichts auf eine noch nicht deferirte Erbſchaft, wie dies der Fall ſeyn kann bei abgefundenen Kindern, Beck II. §. 18. VII. 30. Buchholz §. 24. Pfitzer §. 78. Reinhardt §. 336.; oder bei Töchtern, welche auf die väterliche Erbſchaft verzichtet haben, Beck §. 37. 39. der Fall iſt; B) in Folge einer ausgeſprochenen Enterbung, Beck a. a. O. §. 35. 36.

m) d. N. 92. c. 1. Brunnemann ad l. 9. D. de dot. coll. Stryck l. l. cap. 6. §. 12. Beck II. §. 33. n. 6. Daß die Eltern außer den conferendis wenig oder nichts hinterlaſſen, iſt noch kein Grund die Collation für ausgeſchloſſen anzuſehen, wie Beck VII. §. 27. meint. Pfitzer §. 156. — Gläubiger, welche durch die von ihrem Schuldner bei deſſen Lebzeiten ſeinen Kindern gereichten Gaben (Alimente natürlich ausgeſchloſſen) verkürzt worden ſind, können nur auf den Grund einer alienatio in fraudem creditorum facta Anſprüche machen; vgl. §. 585.

§. 933.

III. Die Collation fällt auch dann weg, wenn die vom Erblaſſer überkommene Sache ſich zur Zeit ſeines Todes

nicht mehr in dem Vermögen des Erben befindet [a]), vorausgeſetzt nur, daß letzterer ohne ſein Verſchulden darum gekommen iſt, widrigenfalls er nichtsdeſtoweniger zur Collation verbunden ſeyn würde [b]). Iſt alſo die Tochter 1) durch bloßen Unglücksfall, ohne ihr und ihres Mannes Verſchulden, um die Mitgift gekommen, ſo iſt ſie α) in den Fällen, in welchen ſie nach den oben (Th. I. §. 123.) bemerkten Grundſätzen für die Gefahr der Mitgift zu haften verbunden iſt, dieſelbe ihren Geſchwiſtern zu conferiren nicht ſchuldig; wohl aber β) muß ſie die nicht mehr vorhandene Mitgift in denjenigen Fällen conferiren, in welchen der Mann für deren Gefahr zu haften hat [c]), ausgenommen, wenn dieſer ſo in Armuth verſunken wäre, daß ſie ihre Mitgift von demſelben nicht wieder erhalten könnte, welchenfalls ſie zwar von der Collation frei iſt, jedoch aber die Forderung an ihren Ehemann ihren Geſchwiſtern abzutreten hat, als welche dieſelbe hernachmals bei entſtandenem Concurſe zu deſſen Vermögen in der Schweſter Namen liquidiren [d]). 2) Das Nämliche findet Statt, wenn die Frau, ohne eingetretene Unglücksfälle, und ohne ihr Verſchulden, bloß durch des Mannes Schuld, und durch deſſen Verſchwendung um ihre Mitgift gekommen iſt [e]); da hingegen, wenn die Frau ſelbſt durch eine verſchwenderiſche Lebensart erweislich dazu beigetragen, oder ſonſt durch eigne Schuld den Verluſt der Mitgift verurſacht hat [f]), ſie zur Collation derſelben allerdings angehalten werden kann [g]). Dagegen müſſen Enkel, die den Großeltern ſuccediren, die conferenda ihrer Eltern immer nach dem vollen Betrag deſſen, was die Eltern empfangen hatten, einwerfen [h]). IV. Fällt Collation im Fall des Erlaſſes von Seiten der betheiligten Miterben weg [i]); wie ſie denn auch V. natürlich dann nicht Statt findet, wenn alle Kinder von den Eltern mit conferendis auf gleiche Weiſe bedacht worden ſeyn ſollten [k]).

a) l. 1. §. 23. l. 2. §. 2. D. de collat. Stryck a. a. O. Cap. 6. §. 2. seqq. Beck III. 15—20. Pfitzer §. 244—251. Reinhardt §. 365. 366. Die hier und in der folgenden Note ange-

führten Geſetzſtellen beziehen ſich nur auf die collatio juris antiqui, bei welcher das ganze Vermögen eines Emancipirten den Gegenſtand der Collation bildete. Hier ward immer nur der Beſtand dieſes Vermögens, und das, was etwa in fraudem der miterbenden sui veräußert worden war, eingeworfen. Daraus läßt ſich nun freilich nicht mit einigen ältern Rechtslehrern ſchließen, daß bei der collatio juris novi, bei welcher Gegenſtand der Collation einzelne Beſtandtheile des Vermögens des Collationspflichtigen, nämlich das von den Eltern Empfangene, ſind, ebenfalls nur das von dieſem Gegenſtande zur Zeit des Todes der Eltern noch Vorhandene conferirt zu werden brauche. In der That iſt auch, was den Fall betrifft, wenn das von den Eltern Empfangene zufällig untergegangen iſt, die Behauptung aufgeſtellt worden, daß in einem ſolchen Fall etwas Anderes als bei der collatio des ältern Rechts gelte, und ſelbſt der zufällige Verluſt des Empfangenen nicht von der Collationspflicht befreie; vgl. Hommel. obs. 79. Grieſinger Comm. zu dem Würtemberger Landrecht Th. III. tit. 23. §. 117. (VI. S. 556.), eine Anſicht, die keinesweges ſo kurz abgefertigt werden kann, wie dies Pfitzer §. 247. S. 584. thun zu können glaubt. Pfitzer ſelbſt iſt mit den meiſten andern Rechtslehrern der Meinung, daß in dieſer Beziehung bei der collatio juris novi das Nämliche, wie bei der ältern Collation, wiewohl aus verſchiedenen Gründen, Statt finde. Dieſe Gründe ſind theils der Satz, daß der debitor speciei durch den Untergang der Sache liberirt werde; theils das bei der coll. juris novi vorwaltende Princip der Gleichheit, mit welchem es unverträglich ſey, daß der Empfänger der Sache allein den Nachtheil des Verluſts übertrage; theils endlich die Analogie der N. 97. c. 6. Von allen dieſen Gründen hat nur der letztere einiges Gewicht. Der erſte bedarf erſt noch des Beweiſes, daß der Collationspflichtige als debitor speciei anzuſehen ſey; wovon in dem folgenden §. Der zweite iſt eine offenbare petitio principii, und ſtößt gegen den bekannten Satz an, casum sentit dominus, dominus iſt aber, wie Pfitzer ſelbſt lehrt, der Deſcendent, der etwas der Collation Unterworfenes von ſeinen Eltern empfangen hat, wirklich geworden. Uebrigens erklären ſich die meiſten Rechtslehrer, welche den in dem §. aufgeſtellten Satz vertheidigen, ſo unbeſtimmt, daß man nicht recht ſieht, ob ſie ihre Meinung auf den Fall beſchränken, wenn die Kinder eine species von den Eltern empfangen haben, oder ob ſie denſelben in weiterer Ausdehnung nehmen. Pfitzer a. a. O., ſo wie Stryck und Beck l. l. und Reinhardt §. 339. ſcheinen das Erſtere anzunehmen; allgemeiner ſpricht dagegen Struve syntagm. Ex. XXXVII. th. 35. Daß der Collationspflichtige das conferendum nicht gerade in Beſitz hat, befreit ihn, wenn er nur ein Klagrecht auf Wiedererſtattung hat, nicht von der Collationspflicht,

wie das in dem durante matrimonio eintretenden Fall der collatio dotis einleuchtend iſt; vgl. auch l. 12. C. h.

b) d. l. 1. §. 23. l. 2. §. 2. D. l. 6. C. de coll. Dolus iſt in jedem Fall zu gewähren. Allein welcher Grad der culpa iſt zu präſtiren? Nach Stryck a. a. O. nur culpa lata; nach Struve l. l. th. 35. 37. Beck III. §. 19. Pfitzer §. 248—250. culpa levis; nach Reinhardt §. 343. sqq. Schweppe §. 865., nur die ſogenannte culpa in concreto, oder diligentia quam suis etc.; dieſe letztere Meinung ſcheint die richtigere. Dies wenigſtens dann, wenn von einer vor eingetretener Collationspflicht Statt gehabten culpa die Rede iſt. Alles das bisher Geſagte gilt aber nur von dem Fall des eigentlichen Untergangs des conferendi. Was iſt nun aber Rechtens, wenn das Empfangene conſumirt oder veräußert worden iſt? Die meiſten Rechtslehrer und mit ihnen Beck V. §. 6. n. 10. 11. Vinnius XVI. §. 4. Pfitzer §. 244. 245. Reinhardt §. 367—369. nehmen hier eine weſentliche Verſchiedenheit der collatio juris novi und juris antiqui an, und behaupten, daß immer der Werth, bei einer Statt gehabten Veräußerung (wenn ſie nicht etwa in Folge dringender Nothwendigkeit Statt gefunden hat, Pfitzer §. 118.) das dafür eingetauſchte Object conferirt werden müſſe. Das wäre denn zwar nicht durch geſetzliche Beſtimmungen zu erweiſen, wohl aber der als gemeinrechtlich aufgeſtellten Theorie gemäß. Bei einem theilweiſen Untergehen, Veräußern ꝛc. müſſen in Anſehung des verloren gegangenen Theils dieſelben Grundſätze angewendet werden.

c) Stryck Cap. 6. §. 5. Hofacker §. 1661. Lauterbach de dotis coll. §. 37—40. Beck VII. §. 15—22. Müller ad L. obs. 653. Buchholz §. 8. 9. Reinhardt §. 354—364. Pfitzer §. 247—251.

d) Nov. 97. c. 6. Lauterbach l. l. §. 50. 51. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 51. n. 5. Hommel obs. 79.

e) Stryck a. a. O. Hommel Erbſchafts- und Pert. Reg. Einl. §. 100.

f) Wie z. B. ſonſt, wenn ſie die Scheidung durch Ehebruch veranlaßt und ihrer Mitgift verluſtig erklärt worden ꝛc.; vgl. §. 143.

g) Stryck a. a. O.

h) Dies iſt wenigſtens die Meinung der meiſten Rechtslehrer; Carpzov l. l. def. 31. Treutler II. disp. 17. th. 3. Stryck cap. 2. §. 13. Struben r. Bed. IV. 83. (289. ed. 2.) und mehrere daſelbſt angef. Schweppe §. 863. n. 2. Hofacker §. 1656.; und dieſe ſcheint auch das ſächſ. Erbg. §. 35. befolgt zu haben, wenn es verordnet, daß die Enkel jedesmal dasjenige einwerfen ſollen, was der verſtorbene Nähere, deſſen Antheil ſie bekommen, einzuwerfen gehabt hätte, wenn er zur Succeſſion gelangt wäre. A. M. ſind Bachov ad Tr. l. l. litt. G.

Baſtineller de nepote patris conferenda, nisi his auctus sit, non conferente. Viteb. 1729. Pfitzer §. 94. Dieſer letztern Meinung pflichten mehrere Vertheidiger der erſtern, wie Carpzov, wenigſtens inſofern bei, als ſie in dem Fall, wenn die Enkel Erben ihrer collationspflichtigen Eltern geworden ſind, annehmen, daß die Enkel die conferenda der Eltern nur im Verhältniß des Antheils, zu welchem ſie Erben des letztern geworden ſind, alſo, wenn etwa neben ihnen ein zur Collation nicht gehaltener extraneus eingeſetzt worden wäre, mit Ausfall des Antheils, welcher auf des letztern Antheil gekommen ſeyn würde, wenn er collationspflichtig wäre, zu vertreten hätten. Dieſe Meinung hat eine gewiſſe Billigkeit für ſich. Allein wenn die Enkel, auch falls ſie nicht Erben ihrer Eltern werden, das, was dieſe empfangen haben, in den großväterlichen Nachlaß einwerfen müſſen (§. 926.), ſo ſieht man nicht ein, warum Enkel, die ihrer Eltern Erben geworden ſind, in Anſehung der Collationspflicht melioris conditionis ſeyn ſollen, als die, welche es nicht geworden ſind. Eine Art von Regreßklage gegen den zur Collation nicht verpflichteten Miterben iſt in keinem Fall anwendbar.

i) Vinnius XVII. 6. Pfitzer §. 187. 188.

k) Beck VII. §. 26. Reinhardt §. 370.; vgl. auch l. 1. §. 4. D. de coll.

§. 934.

Noch iſt über die Art und Weiſe, ingleichen die Wirkung der Collation Folgendes zu bemerken: A) Wenn ein Deſcendent ein der Collation unterworfenes Object von dem Erblaſſer wirklich empfangen hat, ſo iſt derſelbe nach römiſchem Recht zunächſt verbunden, Sicherſtellung der Einwerfung wegen zu leiſten[a]). Indeſſen giebt es keinen directen Zwang zu der Cautionsleiſtung, vielmehr ſoll der Collationspflichtige nur auf indirecte Weiſe, durch einſtweilige Ausſchließung von der Ausübung erbſchaftlicher Befugniſſe zu ſeiner Schuldigkeit angehalten werden[b]). Eine ſolche Sicherſtellung kann ohne Zweifel auch noch h. z. T. namentlich dann erfordert werden, wenn ungewiß iſt, ob und was ein Miterbe, der an der Ausübung erbſchaftlicher Rechte Theil nehmen will, zu conferiren habe[c]). Außerdem bedarf es keiner beſondern Rechtsmittel gegen den Collationspflichtigen, vielmehr reicht in der Regel ein Retentionsrecht auf Seiten der in dem Beſitz befindlichen Miterben, und die

actio familiae erciscundae zur Wahrung der Gerechtſame der Betheiligten hin [d]). Doch giebt es, wenn erſt nach vollzogener Theilung das Daſeyn eines conferendi bekannt wird, eine Klage auf Herauszahlung gegen den Collationspflichtigen [e]). Was den Beweis in Collationsfällen anlangt, ſo kann 1) ein Miterbe, welcher einräumt, etwas der Collation Unterworfenes empfangen zu haben, von den übrigen Betheiligten zu eidlicher Angabe des wirklich Empfangenen angehalten werden [f]). Wird aber 2) geleugnet, daß etwas zu conferiren ſey, ſo iſt förmlicher Beweis von dem, der das Daſeyn einer Collationspoſt behauptet, zu führen [g]). Die Beweismittel ſind hierbei die gewöhnlichen. Vornehmlich ſind ſchriftliche Notizen, welche in dem Nachlaß des Erblaſſers ſich finden, von Wichtigkeit für die Beweisführung [h]); doch iſt auch Eidesantrag nicht ausgeſchloſſen [i]). B) Zweck der Collation iſt, den Betrag der Erbſchaft durch den Betrag des conferendum zu vermehren, und den ſo vermehrten Betrag der erſtern unter die Erben nach Maaßgabe ihrer Erbtheile zu vertheilen [k]). C) Die Pflicht zur Collation wird durch den Umſtand, daß der Collationspflichtige das conferendum actu nicht beſitzt, nicht aufgehoben [l]), giebt aber auch kein Recht, die Sache von dem zeitigen Beſitzer zurückzufordern [m]). Auch iſt in der Regel die Abtretung des Klagrechts an den Schuldner nicht hinreichend [n]). D) Was den Act der Collation anlangt, welcher in der Regel bei der Erbtheilung erfolgen muß [o]), ſo iſt 1) in dem Fall, wenn das Empfangene in Geld beſtanden hat, ſo viel als conferendum zu gewähren, als der Collationspflichtige empfangen hat [p]), es mag nun baares Geld oder eine res venditionis caussa aestimata gegeben worden ſeyn [q]); auch ohne Unterſchied, ob das Empfangene noch in natura vorhanden oder conſumirt worden iſt [r]). Wenn aber 2) das Empfangene in einer Sache beſteht, ſo iſt vor allen Dingen die Frage: ob dieſe Sache ſelbſt oder nur der Werth einzuwerfen ſey? Mehrere Rechtslehrer behaupten das Erſte [s]), ſelbſt dann, wenn Fungibilien gegeben worden ſind; und laſſen Ausnahme nur dann zu, wenn

entweder ein entgegengeſetzter Wille des Erblaſſers vorliegt, oder die Sache nicht mehr in dem Eigenthum des Collationspflichtigen ſich befindet[t]). Andre nehmen mit mehr Recht an, daß der Collationspflichtige immer nur den Geldwerth zu gewähren brauche[u]), wobei ſie jedoch demſelben auch das Befugniß einräumen, ſtatt des Werths das Empfangene ſelbſt in natura zu gewähren[v]). Außerdem giebt es noch eine dritte Meinung, welche hierbei das Ermeſſen des Richters walten läßt[w]). E) Auch über die Frage, von welchem Zeitpunkt an die Pflicht zur Collation eintrete, eine Frage, die von Wichtigkeit namentlich auch dann iſt, wenn es darauf ankommt, den eigentlich zu conferirenden Betrag zu fixiren[x]), finden ſich ſehr verſchiedene Anſichten der Rechtslehrer. Die meiſten ſind der Meinung, daß auf den Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers[y]) zu ſehen ſey, und dieſe Meinung hat am meiſten, namentlich auch die Beſtimmungen über die Collation des ältern Rechts für ſich[z]); während die, welche meinen, daß der Zeitpunkt der geſuchten Collation[aa]) oder der veranſtalteten Theilung zu berückſichtigen ſey[bb]), offenbar das gegen ſich haben, daß ſie einen von mancherlei Zufälligkeiten abhängigen veränderlichen Zeitmoment zu Grunde legen. Nur wenige behaupten übrigens, daß einzig die Zeit des Empfangs entſcheide[cc]). Insbeſondere iſt nun noch zu bemerken: A) wenn das Empfangene in natura conferirt wird; α) da es genügt, die Sache in dem Zuſtand auszuliefern, in welchem dieſelbe zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſich befindet, ſo haftet der Collationspflichtige nicht für Werthsverminderungen, welche ohne ſein Verſchulden früher eingetreten ſind[dd]); allein eben ſo wenig iſt er, wenigſtens dann, wenn er in Gemäßheit des ihm zuſtändigen Wahlrechts die Sache ſelbſt einwirft, berechtigt, Erſtattung wegen der Meliorationen zu fordern[ee]). β) Der angegebene Zeitpunkt entſcheidet übrigens auch in Anſehung der Acceſſionen, und insbeſondere der fructus[ff]). γ) Schulden, welche auf das conferendum, während es der collationspflichtige Deſcendent beſaß, gekommen ſind, darf der letztere nicht in Rechnung

ſtellen [gg]). δ) die conferirte Sache wird eine Erbſchaftsſache [hh]). Wird B) der Werth eingeworfen, ſo iſt ε) derſelbe ebenfalls nach dem Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers zu beſtimmen, und es wird dabei Alles in Anſchlag gebracht, was mit der Sache ſelbſt hätte gewährt werden müſſen, wenn dieſelbe in natura einzuwerfen geweſen wäre [ii]). ζ) Die Collation kann hier ſowohl durch baare Einzahlung [kk]), als auch auf andre Weiſe erfolgen, indem entweder a) aus der Erbmaſſe ein praecipuum für die, welchen die Collation geſchieht, abgeſondert, oder [ll]) b) Compenſation des conferendi mit der dem Collationspflichtigen gebührenden Erbportion veranſtaltet wird; in welchem letztern Fall Alles darauf ankommt, ob Erbtheil und conferendum gleich oder verſchieden ſind [mm]). Iſt das conferendum größer als der Erbtheil, ſo tritt der Fall der Herauszahlung von Seiten des Collationspflichtigen ein [nn]); welche den übrigen Betheiligten pro rata ihres Erbtheils zufällt [oo]), übrigens den Säumigen auch zu Verzugszinſen verpflichtet [pp]). Wenn einem Deſcendenten Etwas nicht wirklich gegeben, ſondern bloß verſprochen worden iſt, was an ſich der Collation unterworfen wäre, ſo bleibt die eigentliche Collation ausgeſchloſſen und nur eine Einrechnung des Verſprochenen auf den Erbtheil des Promiſſars gedenkbar [qq]).

a) l. 1. §. 9. D. de collat. l. 20. §. 1. D. de poss. citat. Fein a. a. O. §. 52.

b) d. l. 1. §. 9. 10. 13. l. 2. §. 9. l. 3. pr. l. 8. D. l. 11. 12. 14. 16. C. de collat. Wenn der Collationspflichtige die Caution, welche nach älterm Recht in der Regel nicht wohl anders als durch Bürgen zu beſtellen war, anzuſchaffen nicht vermochte, ſo konnte auch eine Sequeſtration des Erbtheils angeordnet werden, Pfitzer §. 268. Eben ſo ward die Sicherſtellung unnöthig, wenn der Betrag des conferendi gewiß war, und der Collationspflichtige den Betrag baar oder in einer ihm gehörigen Sache zur Erbmaſſe ablieferte, oder einen der Höhe des conferendi gleichkommenden Theil des Nachlaſſes als praecipuum der Miterben, zu deren Gunſten die Collation erfolgen mußte, anerkannte, d. l. 1. §. 12.

c) Vgl. Beck V. §. 10—14. Vinnius XVI. §. 6—8. Maſcov §. 6. 8. Frankenſtein diss. I. §. 19.

d) Die denegatio actionum hered. iſt in der That nur eine Art

des Retentionsrechts; vgl. Stryck l. l. c. 5. §. 10.; Pfitzer §. 267. Ueber actio fam. ercisc. in Bezug auf Collation vgl. Glück XI. §. 729. S. 35. u. §. 735. Maſcov §. 23. Schweppe §. 866.

e) l. 8. C. de coll. I. 36. D. fam. erc.

f) a. l. 6. §. 1. D. de confess. l. 1. §. 40. D. depos. c. 32. X. de jur. Berlich p. II. dec. 249. n. 12. Carpzov p. III. c. 11. def. 29. p. III. c. 20. def. 9. Stryck l. l. §. 12. Mävius p. I. dec. 88. IV. dec. 232. Lyncker p. III. dec. 1354. und resol. 533.

g) Lyncker dec. laud. Carpzov l. l. def. 16. Mävius p. I. dec. 85. Pfitzer §. 264. Reinhardt §. 388. Es iſt daher unſtatthaft von einem Miterben eine Specification der conferenda zu fordern.

h) Beck V. §. 19. ff. Mävius p. IV. dec. 233. Lauterbach de dot. coll. §. 36. Leyſer sp. 410. m. 2. Maſcov §. 22. Müller. ad L. obs. 639. Buchholz §. 18. Pfitzer §. 266. Reinhardt §. 391.

i) Pfitzer §. 267. Reinhardt §. 389. Andrer Meinung iſt gewiſſermaßen Mävius p. IV. dec. 232.

k) l. 3. §. 2. D. l. 8. 19. in fin. C. de coll. Stryck l. l. cap. 5. §. 9. Mencken syst. jur. XXXVII. 6. §. 8. Reinhardt §. 242.

l) Vgl. §. 933. not. a. a. E.

m) l. 5. C. de collat.

n) Wie dies bei der collatio juris antiqui allerdings der Fall ſeyn konnte; l. 2. §. 4. D. de coll.; vgl. Beck V. §. 7. Nur ausnahmsweiſe kann nach neuerm Recht eine Ehefrau bisweilen von der collatio dotis durch Abtretung der Klage gegen den Ehemann ſich befreien; vgl. §. 933. 1. β.

o) Stryck l. l. c. 5. p. 2. Doch kann auch nachträglich Collation erfolgen, ſ. l. 8. C. de coll.

p) Lauterbach §. 54. Carpzov p. III. c. 11. def. 30. Stryck l. l. §. 4. Beck V. §. 3. n. 5. §. 4. Pfitzer §. 210. 224. Reinhardt §. 290. 291. Die Frage, was zu conferiren ſey, wenn der Werth der Münzſorten ſich geändert hat, iſt nach den allgemeinen Grundſätzen zu entſcheiden; vgl. Beck l. l. §. 5. Handb. §. 1315. 1316. Weſtphal Rechtsgutachten n. 49. Schmidt Abh. in welchen Münzſorten ꝛc. §. 85.

q) Beck V. §. 3. n. 3. VII. §. 16. Lauterbach l. l. Pfitzer §. 224. Reinhardt §. 247. Hier kann natürlich der Collationspflichtige durch Gewährung der Sache ſelbſt von der Collationspflicht ſich nicht befreien, a. l. 10. §. 5. D. l. 10. C. de jure dot.

r) Pfitzer §. 245. Mehrere ältere Rechtslehrer, wie Stryck c. 6. §. 4. 5., Lauterbach §. 39., ſcheinen andrer Meinung; allein abgeſehen von dem, was in Anſehung der collatio dotis nach §. 933. gilt, mit Unrecht. Geld wird zum Behuf des Verbrauchs gegeben, mithin kann der Verbrauch als Grund der Befreiung von der Collationspflicht, wenn dieſe überhaupt als begründet vorauszuſetzen iſt, nicht angeſehen werden.

s) Brunner de collat. V. n. 40. sqq. Lauterbach de dotis coll. §. 50. coll. pand. XXXVII. 6. §. 21. Vinnius XVI. §. 2. 3. Beck V. §. 5. sqq. Müller. ad L. obs. 641. Pfitzer §. 193. ff.

t) Vgl. Pfitzer §. 198—201.

u) Stryck l. l. cap. 5. §. 4. us. mod. XXXVI. 7. §. 9. Huber praelect. ad Pand. XXXVII. 6. §. 16. Voet. ad pand. XXXVII. 6. §. 9. Mävius I. dec. 86. Leyser sp. 410. coroll. Reinharth ad Christin. IV. obs. 8. Weſtphal Rechtsgutachten n. 421. Buchholz §. 17. Hofacker §. 1664. Overbeck IX. Med. 463. von Langenn in Erört. II. 20. S. 217. Thibaut Pand. §. 886. Schweppe §. 866. Reinhardt §. 253—261. Gegen die Pfitzerſche Ausführung der entgegengeſetzten Anſicht vgl. deſſen Recenſenten in der Leipz. Litt.-Zeit. v. J. 1807. St. 94. S. 1499. Heidelb. Jahrb. der Litterat. für Jurisprud. v. 1808. S. 119. Daß bei der coll. des ältern Rechts die Collation des Vermögens der Emancipirten in natura erfolgte, mit andern Worten: das Eigenthum, welches die Emancipirten erlangt hatten, theilweiſe ihnen entzogen, und auf die miterbenden sui übertragen wurde, davon findet ſich in den Geſetzen nicht die geringſte Spur. Alle hier einſchlagenden Geſetze erwähnen vielmehr immer nur einen in Geld ausgeworfenen Betrag, welcher conferirt wird. Dafür, daß nicht in natura conferirt zu werden brauchte, ſpricht aber auch noch der Umſtand, daß nicht der Brutto-Betrag des Vermögens der Emancipirten, ſondern das quod deducto aere alieno superest, l. 2. §. 1. D. l. 6. C. de coll., der Collation unterlag; daß bisweilen auch nur ein Theil des Vermögens conferirt ward, l. 1. §. 3. 12. l. 5. §. 2. D. ib., und daß in dem Fall der l. 8. C. ib. ebenfalls nicht das conferendum ſelbſt, ſondern nur das, was der Collationspflichtige unbefugter Weiſe mehr empfangen hat, in Anſchlag gebracht wird. Es kommt hinzu, daß gegen den Cautionspflichtigen nicht ein directer Zwang zur Collation Statt fand, daß mithin vor Beſtellung der Caution ein Forderungsrecht oder gar ein jus in re nicht vorhanden ſeyn konnte. Aber auch die Beſtellung der Caution verpflichtete nicht zur Einwerfung in natura; vielmehr ſtand es nach l. 1. §. 12. dem Collationspflichtigen frei, von ſeiner Verpflichtung dadurch ſich loszumachen, daß er von ſeinem Vermögen eine einzelne Sache an

die Nachlaßmaſſe abgab, oder den concurrirenden suis ein praecipuum an den väterlichen Nachlaß anwies. Nun läßt ſich allerdings denken, daß bei der Collation des neuen Rechts, wo nicht mehr eine ganze Vermögensmaſſe, ſondern eine einzelne Gabe der Adſcendenten den Gegenſtand der Collation bildet, dies anders ſeyn könne. Allein daß es anders ſeyn müſſe, iſt unerweislich, und daß es in der That anders ſey, wenigſtens nicht erwieſen. Die Geſetze ſchweigen über dieſen Punkt. Denn wenn es in einigen derſelben heißt, dos, donatio pr. nuptias conſertur, ſo kann dies eben ſowohl von einer coll. in natura als von Collation des Werths verſtanden werden. Daß der Deſcendent, welcher von dem Adſcendenten etwas der Collation Unterworfenes empfängt, Eigenthümer werde, bezweifeln die Gegner ſelbſt nicht. An eine Wiederaufhebung dieſes Eigenthums iſt nicht zu denken, wenn gleich einige der Diſſentirenden hier die Analogie des dominium, welches der Ehemann an dem Einbringen der Ehefrau haben ſoll, freilich ohne allen Beleg für dieſe Anſicht, zu Hülfe nehmen wollen. Aber auch für Annahme einer obligatio zur Rückgabe in natura fehlt es an einem ausreichenden Grund. Der Satz, welchen man zu dieſem Behuf anführt, daß nicht aliud pro alio gezahlt werden könne, ſetzt das, was erwieſen werden ſoll, eine obligatio dandi, als erwieſen voraus. Daß durch Einwerfung in natura allein die bei der collatio juris novi beabſichtigte aequalitas herbeigeführt werde, iſt offenbar falſch; vielmehr läßt ſich behaupten, daß durch die Nothwendigkeit in natura conferiren zu müſſen, erſt eine Ungleichheit und zwar für den Collationspflichtigen herbeigeführt werde. — Das aber wollen wir nicht beſtreiten, daß mit Annahme des Satzes: es wird immer nur der Werth des conferendi eingeworfen, der §. 933. III. aufgeſtellte Satz nicht recht beſtehen kann; vgl. not. a. zu dem angeführten §. Auch ſcheint der von dem Heidelberger Recenſenten der Pfitzerſchen Schrift für die Meinung, daß der Collationspflichtige die Wahl habe, das Empfangene in natura oder den Werth zu conferiren, angeführte Grund, daß in allen Fällen, in denen eine Verbindlichkeit auf mehr als eine Weiſe erfüllt werden könne, der Schuldner die Wahl habe, nicht unwiderlegbar.

v) Dies war namentlich die Anſicht des verewigten Verfaſſers, die indeß durch die angeführte l. 1. §. 12. D. de coll. für das heutige Recht ſchwerlich zu erweiſen ſeyn dürfte. Inzwiſchen leidet die Sache an ſich wohl keinen Zweifel. Nur ſcheint als Beſchränkung hinzugefügt werden zu müſſen, daß der Collationspflichtige durch Einwerfung in natura die Lage ſeiner Miterben nicht ſchlimmer machen dürfe, als dies geſchehen würde, wenn man ihm geſtattete, das Empfangene in verſchlechtertem Zuſtande, oder auch in verbeſſertem Zuſtande mit dem Anſpruch auf Erſatz bedeutender Meliorationen einzuwerfen. Fein §. 57.

w) Grieſinger Comm. zum Würtemb. Landr. a. a. O. §. 117. S. 553. Arbitrium judicis war namentlich bei der ältern collatio allerdings entſcheidend, l. 2. §. 2. l. 5. §. 1. D. de coll.

x) Wird eine empfangene species conferirt, ſo wird die Beſchaffenheit der Sache nach dieſem Zeitpunkt feſtgeſetzt. Iſt das Aequivalent zu conferiren, ſo iſt der Werth, den die Sache hat, nach dem angenommenen Zeitraum zu beſtimmen.

y) Eigentlich die Zeit des Erbſchaftsantritts; vgl. aber §. 909. not. d.

z) l. 2. §. 2. D. l. 6. C. de collat. l. 20. pr. C. de collat. ſcheint dies auch nach neuerm Recht zu beſtätigen, obgleich Pfizer §. 206. viel dagegen einzuwenden hat. Zu den Vertheidigern der obigen Meinung gehören Stryck cap. 5. §. 6. Voet. l. l. §. 9. Thibaut §. 886. Hofacker §. 1664. Overbeck Med. IX. 464.

aa) Wie Lauterbach de dotis coll. §. 56. und coll. Pand. h. t. §. 21.

bb) Modest. Pistor. quaest. p. IV. 152. Carpzov l. l. def. 14. Beck V. §. 8. Pfizer §. 205. ff. Reinhardt §. 279. Pfizer macht §. 245. in Anſehung der Fungibilien, die nach ſeiner Anſicht ebenfalls in natura conferirt werden müſſen; vgl. not. t., eine in praxi gar nicht durchzuführende Ausnahme. Hier ſoll nämlich das tempus consumtionis berückſichtigt werden.

cc) Berger cons. 1041. n. 4. Hert. resp. I. n. 509. Grieſinger a. a. O. S. 557. 558. Dabelow in der §. 932. not. i. angef. Abhandl. §. 17. Dieſe Anſicht würde viel für ſich haben, wenn ſie nicht durch die Nothwendigkeit einen früher vorhanden geweſenen Werth auszumitteln, mit manchen Schwierigkeiten in der Ausübung verbunden wäre.

dd) Vgl. §. 933. III.

ee) Vgl. not. v. Bei der collatio dotis werden natürlich impensae dotis, quae dotem minuunt, allemal in Abzug gebracht, l. 1. §. 5. D. de dot. coll. Beck V. §. 16. Maſcov §. 22. Die Vertheidiger der Meinung, daß eine empfangene Sache in natura conferirt werden müſſe, laſſen Abzug der impensae necessariae und utiles zu; vorausgeſetzt, daß ſie auf die Sache ſelbſt, nicht auf den Fruchterwerb verwendet wurden. Beck a. a. O. §. 17. 18. und auch Stryck c. 5. §. 8. iſt dieſer Meinung; vgl. Pfizer §. 254—257. Schweppe §. 865.

ff) a. l. 5. §. 1. D. de dot. coll. Berger Oec. II. 4. 51. Pfizer §. 252. 258. 272. A. M., und daß fructus nur ob moram zu gewähren ſeyen, ſind Stryck l. l. §. 8. in fin. Vinnius XVI. 10. Beck V. §. 21. und a. daſelbſt Angeführte. Uebrigens ſind ohne Zweifel auch hier die §. 416. erwähnten Grundſätze in Anwendung zu bringen. Auch iſt, was fructus industriales an-

langt, der Collationspflichtige, ſo lange er in dem Beſitz des conferendi ſich befindet, gehalten, die erforderliche Arbeit Behufs der Gewinnung von Früchten anzuwenden. Daß die vor dem Augenblick der begründeten Collation gezogenen fructus nicht conferirt werden, verſteht ſich von ſelbſt. Pfitzer §. 155. Beck III. 21.

gg) Stryck cap. 5. §. 7. Vinnius XVI. 9. Maſcov §. 22. Beck V. §. 15.

hh) Stryck l. l. §. 9. Beck VI. §. 2. Pfitzer §. 271.

ii) Was die fructus pendentes betrifft, ſo kommen auch hier die §. 416. erwähnten Grundſätze in Anwendung, wenn gleich nur aestimatio fructuum gewährt wird. Fein a. a. O. §. 53.

kk) l. 1. §. 12. D. de coll. Die baare Einzahlung erſcheint dann zweckmäßig, wenn in der Erbſchaftsmaſſe ſelbſt kein baares Geld ſich findet, gegen welches compenſirt werden könnte.

ll) d. l. 1. §. 12., wo in specie von einem paternum nomen die Rede iſt. Es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß ein ſolches praecipuum, namentlich wenn von einem nomen die Rede iſt, nicht willkürlich von dem Collationspflichtigen beſtimmt werden kann.

mm) Sind Erbportion und conferendum gleich, ſo hebt ſich der Anſpruch gegenſeitig, und der Collationspflichtige erhält aus der Nachlaßmaſſe nichts. Er bleibt aber auch in dieſem Fall Erbe; vgl. Leyſer sp. 409. m. 2. Pfitzer §. 96.

nn) Vorausgeſetzt nämlich, daß unter ſolchen Umſtänden der Collationspflichtige Erbe geworden iſt; vgl. §. 932. II.

oo) Vinnius XVI. §. 12. 13. XVII. 3. Stryck c. 5. §. 9. Beck VI. §. 2. Pfitzer §. 263. Immer iſt aber dabei der §. 924. aufgeſtellte Satz feſtzuhalten, daß die Collation bloß unter Deſcendenten, ſo weit dieſe benachtheiligt werden würden, wenn die Collation nicht erfolgte, zu bewirken iſt. Concurrirt alſo bei der Erbfolge außer Deſcendenten ein extraneus, ſo läßt ſich eigentlich nicht ſagen, daß das conferendum die ganze Erbmaſſe vermehre; oder man muß ſogleich die Beſchränkung hinzufügen, daß pro rata der Erbportion des extraneus das conferendum wieder ab und dem Conferirenden zuzuſchreiben ſey. Dies war namentlich bei der collatio des ältern Rechts zu beachten, und ſcheint durch das neuere Recht nicht geändert; l. 1. §. 3. 4. 5. D. de collat.

pp) Vinnius XVI. 10. Stryck c. 5. §. 8. Schilter Ex. 41. th. 26. Carpzov l. l. def. 14. und p. II. c. 30. def. 19. Lauterbach de dot. coll. §. 41. Maſcov §. 16. in fin. Leyſer sp. 410. m. 5. Struben r. Bed. III. 56. (288. ed. 2.). Pütter Rechtsf. I. 45. 103. Pfitzer §. 258. 272. Buchholz §. 21. 22. von Langenn Erört. II. 20. Pfeiffer praktiſche Ausführungen IV. n. 5. Wobei denn namentlich Lauterbach,

Beck, Maſcov und v. Langenn a. a. O., ſo wie Schweppe §. 865. eine vorhergegangene Interpellation erfordern. A. M. ſind Zoller diss., ex quo tempore usurae conferendorum sint pendendae. L. 1767. Berger Oec. II. 4. 51., welche annehmen, daß ſogleich mit dem Moment der begründeten Collationspflicht, alſo nach der richtigern Meinung a momento mortis, die Pflicht zur Verzinſung eintrete. Dieſem pflichtet bei Pfeiffer a. a. O. und auch das ehemalige App.-Gericht iſt gleicher Anſicht geweſen, indem es zu Folge der Notiz bei von Langenn S. 219. Zinſen des herauszuzahlenden conferendi vom Ablauf des 30ſten zuerkannt hat. v. Hartitzſch n. XC. Fein a. a. O. §. 54. 58. Güyet im Arch. f. civ. Pr. XXI. 5. Natürlich kann von Verzinſung nur inſofern die Rede ſeyn, als etwas von den Collationspflichtigen herauszuzahlen iſt. Auch gehört hierher nicht der Fall, wenn das conferendum ſelbſt in einem zinsbaren Capital beſteht, denn in einem ſolchen Fall werden die Zinſen als fructus civiles betrachtet.

qq) l. 1. §. 8. D. de dot. coll. l. 2. 17. C. de coll. Beck III. 28. V. 23. Pfitzer §. 260. Reinhardt §. 156. Wenn der Promiſſar nicht Erbe geworden iſt, ſo iſt das Verſprochene aus der Erbſchaft als Schuld zu gewähren. Biener qu. I. 36.; vgl. §. 932. not. l. sub 3.

§. 935.

BB. So viel die Erbtheilung ſelbſt betrifft, ſo hängt dieſe zunächſt von der Willkür des Erblaſſers ab[a]). Iſt darüber nichts beſtimmt, ſo wird dieſelbe I. in Anſehung derjenigen Sachen, welche phyſiſch getheilt werden können, nach Maaßgabe des einem jeden Erben zuſtändigen Antheils an der Erbſchaft bewerkſtelligt[b]). II. Sachen aber, welche nicht auf ſolche Weiſe getheilt werden können, ſind, wenn nicht in Anſehung derſelben communio fortbeſtehen ſoll[c]), einem Miterben nach vorheriger Würderung[d]) auf ſein Erbtheil anzuweiſen[e]), der dann, je nachdem die angewieſene Sache mehr oder weniger als ſeine Erbportion beträgt, ein Aequivalent[f]) entweder den übrigen zu gewähren oder von dieſen zu empfangen hat. Welchem von den mehrern Miterben eine beſtimmte Sache zu überlaſſen ſey, darüber entſcheidet entweder der Preis, zu welchem ein Miterbe die fragliche Sache annehmen will[g]); und bei gleichen Geboten die Größe des dem Einen oder dem Andern beſchiedenen

Erbtheils [h]) oder das Loos [i]). Bei Immobilien kann auch Dismembration als Auskunftsmittel benutzt werden [k]). Nach deutſchem und ſächſ. Recht kann auch das Alter, ſo wie das Geſchlecht des Miterben, hierbei von Einfluß ſeyn [l]). Iſt aber auch auf dieſe Weiſe ein Abkommen nicht zu vermitteln, ſo wird zur öffentlichen Verſteigerung der Sache geſchritten [m]). Alles dieſes findet in Anſehung beweglicher ſowohl, als unbeweglicher Güter Statt.

a) l. 13. §. 1. D. de her. inst. §. 5. I. ib. l. 10. 26. C. fam. erc. Wenn jedoch der Teſtirer den Werth der Sache unverhältnißmäßig hoch oder gering angeſetzt, oder auf andre Weiſe bei Vertheilung der Erbtheile den Pflichttheil der Notherben verkürzt hätte, ſo haben die Notherben dagegen die geeigneten Rechtsmittel und ſind insbeſondere berechtigt, eine gerichtliche Würderung der zugetheilten Sachen zu verlangen (§. 699.), auch ſofern ſie im Pflichttheile verletzt worden, auf deſſen Ergänzung zu klagen. — Was die Form betrifft, in welcher der Erblaſſer die Theilung anordnet, ſo kann ſie ſowohl in einem Teſtament, als in einem Codicill geſchehen, l. 39. §. 1. 5. D. fam. erc. Es fragt ſich aber, ob ſie auch auf andre Weiſe angeordnet werden könne? Nach Schweppe §. 844. iſt wenigſtens Beobachtung der für Codicille vorgeſchriebenen Form erforderlich. Die angezeigte l. 39. §. 1. 5. beweiſet dies zwar nicht; allein richtig ſcheint die Anſicht im Allgemeinen dennoch. Ja man könnte ſogar zweifeln, ob ſelbſt die Beobachtung der Codicillarform hinreiche, eine ſolche Theilung rechtsbeſtändig zu machen. Denn da die im Teſtament unbeſtimmt erfolgte Einſetzung gleiche Erbtheile zur Folge hat, ſo wird durch eine ſpäter abweichende Theilung das Erbrecht des Einen beſchränkt und das des Andern erweitert; was doch eigentlich in Codicillen nicht geſchehen kann; vgl. §. 814. Alles dies ändert ſich, wenn der Teſtirer in dem Teſtament die Anordnung der Theilung ſich vorbehalten hätte, denn hier liegt der Fall eines ſogenannten test. mysticum, §. 674., vor. Ueber divisio inter liberos vgl. l. 21. 26. C. fam. erc. und oben §. 746., auch Pfeiffer prakt. Ausführ. IV. 7. Eine Willenserklärung des Teſtirers hinſichtlich der Erbtheilung liegt in der conjunctio, in welcher derſelbe die verſchiedenen Erben zur Erbſchaft berufen hat; vgl. §. 680. not. f. §. 892. Eigentliche conjuncti, d. h. die in einem Satz genannten Erben, bekommen eine Erbportion; l. 11. 13. pr. l. 1. 15. pr. l. 59. §. 2. D. de her. inst. l. 34. pr. D. de leg. 1. l. un. §. 10. C. de cad. toll. l. 7. D. de usufr. accr. Hier iſt beſonders der Fall hervorzuheben, wenn mehr als zwei conjuncti vorhanden ſind und eine oder einige namentlich, andre unter einem

Collectivnamen aufgeführt worden ſind, wie in dem Fall der l. 13. pr. D. de her. inst. und l. 7. D. de usufr. accr. l. 9. D. de V. et P. S.; die unter dem Collectivnamen begriffenen gelten dann für eine Perſon, und müſſen in den ihnen ausgeſetzten Erbtheil ſich theilen; vgl. H. Piſtoris II. qu. 22. n. 16. Duaren. de jure accr. II. 9. Carpzov p. III. c. 29. def. 13. n. 7. Resp. VI. 41. n. 8. seq. Berger Oec. II. 4. 12. not. 4. 5. Ein ſolcher Fall iſt namentlich, wenn Verwandte, z. B. die Kinder eines Bruders, einer Schweſter, berufen ſind. Hier kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Theilung nicht dann modificirt werde, wenn gleichzeitig mit Deſcendenten eines nähern Verwandten die Deſcendenten eines entferntern berufen ſind, ſo daß eine Theilung nach Stämmen Statt finde? vgl. einen hierher gehörigen Rechtsfall bei Klügel de divisione ejus, quod in ultima voluntate relictum est cognatis proximioribus simul cum remotioribus utrisque nomine collectivo successoribus nominatis. Viteb. 1779., auch Pütter Rechtsf. III. n. 333. Zeitſchr. I. xvi. Die Theilung kann der Erblaſſer 1) nach Quoten der Erbſchaft anordnen. Bekannt iſt, daß bei den Römern die Erbſchaft als ein Ganzes, as, angeſehen ward, welches 12 Theile uncias enthielt, G. Majans. de divisione hereditatis in opusc. II. 37. J. U. Cramer de divis. hereditat.; in opusc. IV. 1., daß es aber dem Erblaſſer auch freiſtand, dieſelbe in mehrere Theile zu zerfällen, §. 5. I. l. 13. §. 1. D. de her. inst. Ueber den Fall, wenn die von dem Erblaſſer gemachten Theile die Einheit oder das Ganze überſteigen, vgl. §. 681. 682. und die dabei angeführte Abh. von Schrader II. 5. Ueber die Beſtimmung, daß der eine Erbe einen aliquoten Theil mehr oder weniger haben ſolle, als der andere, ſ. Pufendorf animadv. 83. Hat der Erblaſſer nur einen Theil des Nachlaſſes diſtribuirt, ſo iſt nach dieſem Maaßſtab auch das Uebrige zu vertheilen, l. 32. D. l. 10. 16. 21. C. fam. erc. Voet. de fam. erc. VI. §. 4. Es kann aber auch der Erblaſſer 2) auf andre Weiſe den Nachlaß vertheilen; z. B. mit Rückſicht auf die Beſchaffenheit der Erbſchaftsſachen; ſo daß der eine das Mobiliarvermögen, der andre das Immobiliarvermögen empfängt; wobei denn die Frage entſteht, was zu den Mobilien zu rechnen ſey, ob darunter namentlich Außenſtände, wenn dieſe nicht etwa ausdrücklich ausgeſchieden ſeyn ſollten, begriffen ſeyen; vgl. §. 772., oder auch nach dem Ort, wo das Vermögen ſich befindet, l. 35. §. 2. D. de her. inst.; vgl. Pufendorf animadv. 84. Eine ſolche Vertheilung hindert aber nicht, die mehrern Erben als zu gleichen Theilen eingeſetzt, und daher für die Erbſchaftsſchulden zu gleichen Theilen haftend anzuſehen; a. d. l. 35. Außerdem kann 3) der Teſtirer, auch ohne die ganze Erbſchaft zu theilen, beſtimmen, daß der eine oder der andre Erbe gewiſſe Sachen entweder im Voraus,

oder auf ſein Erbtheil, um einen gewiſſen Preis empfange. — Eine von dem Erblaſſer angeordnete Theilung kann indeß, in Folge Statt gehabter Todesfälle, namentlich bei dem Eintritt des jus accrescendi, mannichfache Modificationen erleiden und vielerlei Verwickelungen veranlaſſen; vgl. einen hierher gehörigen Rechtsfall bei Bülow und Hagemann Erörter. IV. 28. Büchel a. a. O. II. 2. 4. S. 230.

b) Dahin gehören aber Sachen, welche nach Zahl, Maaß, Gewicht gegeben und empfangen werden; vgl. §. 405. Insbeſondere das baare Geld. Nur wenn dergleichen Sachen den Beſtandtheil oder Gegenſtand eines beſtimmten Geſchäfts, namentlich einer Handlung, alſo mehr eine universitas facti bilden, §. 421., würde einer Theilung in der oben angegebenen Maaße widerſprochen werden können.

c) Auch hier kann die gemeinſchaftliche possessio oder Verwaltung durch Trennung der Proprietät und des ususfructus und Alterniren des Gebrauchs oder Nutzungsrechts in angemeſſenen Zeiträumen vermieden werden; l. 16. §. 2. D. fam. erc. l. 6. §. 1. D. de usufr. Glück IX. §. 628. XI. §. 731. S. 52.

d) l. 25. §. 3. D. fam. erc. Glück XI. §. 729. S. 40.

e) Eine ſolche Anweiſung durch den competenten Richter wird adjudicatio genannt, und kann als Rechtsſpruch ertheilt werden, §. 4. I. de off. jud. l. 22. §. 1. l. 55. D. fam. erc. l. 3. C. comm. div. Voet. de fam. erc. V. §. 7. VI. 15. seq. Leyſer sp. 116. med. 1., wenn ſchon ein ſolches Durchgreifen wie nach der Angabe des letztern in einem verwickelten Theilungsproceß für Recht erkannt worden iſt, ſchwerlich als Muſter aufzuſtellen ſeyn dürfte.

f) d. §. 6. I. Das Aequivalent beſteht entweder in Geld, oder in Geldeswerth, namentlich darin, daß dem betheiligten Miterben eine andre Sache angewieſen wird, wo ſich dann nach einer Vergleichung des Werths beider Sachen ergiebt, wer dem Andern herauszuzahlen habe? l. 52. §. 2. D. fam. erc. Ueber Erbegeld vgl. §. 402. not. d. und §. 941. not. a.

g) arg. l. 1. 3. C. comm. divid. l. 22. §. 1. D. fam. erc. Carpzov p. III. c. 15. def. 40. Wernher p. VIII. obs. 300. p. IX. obs. 244. Berger III. 6. 3. n. 15. Voet. l. l. cap. 6. §. 10.; der übrigens §. 12. nicht mit Unrecht bemerkt, daß bei Ermittelung der Höhe des Preiſes nicht allein die Summe, welche geboten worden iſt, zu beachten ſey. Andre Umſtände, wie z. B. Nähe der Verwandtſchaft mit dem Erblaſſer, wie Voet. l. l. §. 13. annahm; insbeſondere Vorzug der Kinder vor andern Erben, Carpzov def. 38., und bei Kindern Erſtgeburt; ferner Geſchlecht (Carpzov l. l. def. 39.), Einſtimmung der Mehrheit, wie Mävius p. IV. dec. 397. meint, kommen hierbei nicht in Betracht; vgl. Leyſer sp. 116. m. 2. 3. 5. 6. 7. Bülow u. Hagemann Erört. V. 52.

b) l. 34. §. 2. C. de donat. Rauchbar I. qu. 42. Carpzov p. III. c. 15. def. 34. 35. 37. Leyſer sp. 116. m. 3. Pufendorf IV. obs. 110. Daß aber der Inhaber des größern Erbtheils zur Uebernahme nicht gezwungen werden könne, ſ. Glück XI. §. 731. not. 46. Uebrigens kann eine Sache auch mehrern Miterben adjudicirt werden, l. 22. §. 1. D. fam. erc. Nur wenn ein dritter Nichterbe als Miteigenthümer betheiligt iſt, ſoll der in der Erbſchaftsmaſſe verbleibende Theil wo möglich nicht mehrern adjudicirt werden; vgl. l. 25. §. 6. D. fam. erc. Glück XI. §. 731. S. 53.

i) l. 3. C. comm. de leg. Carpzov l. l. def. 1. 41. Neundorf verm. Abhandl. über Gegenſtände der Geſetzgeb. und Rechtsgelehrth. Ulm 1805. n. 2. S. 29. Das Looſen bezieht ſich entweder auf einzelne Nachlaßſachen, oder es tritt ein, nachdem der geſammte Nachlaß, ſoweit er nicht in theilbaren Quantitäten beſteht, in ſo viel Theile, als Erbportionen ſind, abgeſchichtet, und über jeden Theil ein beſonderer Theilzettel aufgenommen worden iſt, ſo daß nunmehr um dieſe Theilzettel ſelbſt gelooſet wird.

k) l. 22. §. 2. D. fam. erc.; vgl. §. 591. ff.

l) Vgl. §. 939. — Doch iſt zu einer zu veranſtaltenden phyſiſchen Theilung eines Grundſtücks ohne Zuſtimmung ſämmtlicher Intereſſenten in der Regel nicht zu verſchreiten; vgl. Zeitſchr. III. XXVI.

m) Wernher ll. ll. und p. VIII. obs. 303. Carpzov l. l. def. 40. Leyſer sp. 116. n. 8. Winkler. ad Berg. l. l. Struben rechtl. Bed. II. 28. (283. ed. 2.) Bülow und Hagemann a. a. O.; vgl. jedoch Pfeiffer novae decis. hasso-cass. dec. 67. J. W. IV. 16. v. Hartitzſch n. CCCXXII.

§. 936.

III. In Anſehung der Theilung von Schuldforderungen, nomina, iſt der Satz: nomina ipso jure sunt divisa, von Wichtigkeit [a]); dergleichen nomina bedürfen nämlich, inſofern der Gegenſtand derſelben Geld oder eine Mehrheit von Sachen iſt, quae pondere, numero, mensura constant [b]), keiner Theilung, ſondern jeder Miterbe iſt pro rata ſeines Erbantheils auch vor erfolgter Theilung berechtigt und verpflichtet [c]). Es findet daher in dieſer Beziehung die exceptio plurium coheredum nicht Statt [d]), und es kann das Recht oder die Verpflichtung zu dem Antheil eines Einzelnen verloren gehen, ohne daß dies von Einfluß auf die übrigen Antheile iſt [e]). Dieſer Satz leidet nur in Anſehung von Forderungen, die mit einem Pfand-

recht verbunden ſind, Modification[f]); auch kann, wenn zu einem Nachlaß mehrere nomina gehören, derſelbe in Folge einer Anordnung des Erblaſſers, oder einer Uebereinkunft unter den betheiligten Erben, ſo wie officio judicis inſofern beſeitigt werden, als einzelnen Miterben ein ganzes nomen angewieſen wird[g]). Was A) Activforderungen des Nachlaſſes anlangt, ſo iſt jeder Erbe ſeinen Antheil auch noch vor erfolgter Erbtheilung von dem Schuldner einzufordern berechtigt[h]); dabei haftet das der Forderung halber beſtellte Pfand auch für jeden Antheil in solidum[i]). Iſt aber in Folge der Erbtheilung die Forderung ganz einem Miterben zu Theil geworden, ſo hat der Erbe, der dieſelbe erlangt hat, gegen den Schuldner ad caussam ſich zu legitimiren[k]), namentlich die erfolgte Ceſſion[l]) beizubringen. B) Bei Paſſivforderungen haftet jeder Erbe pro rata ſeines Erbtheils[m]). Auch hier kann die Verpflichtung auf einen einzigen Miterben übertragen werden[n]), allein eine ſolche Beſtimmung bindet den Gläubiger nicht[o]), der vielmehr entweder gleich anfänglich alle Miterben zugleich oder jeden zu ſeinem Antheil in Anſpruch nehmen[p]), oder auch, wenn er von dem delegirten Miterben nicht bezahlt wird, von den übrigen ſeine Befriedigung ſuchen kann[q]).

a) l. 2. §. ult. l. 4. pr. l. 25. §. 1. D. fam. erc. Daß der Satz auch bei Forderungen, welche aus einem andern Grund als dem der Erbfolge gemeinſchaftlich geworden ſind, gelte, ſ. Glück XI. §. 738. S. 133.

b) Allerdings wird nomen im weitern Sinn auch eine Forderung genannt, deren Gegenſtand eine species, corpus iſt, l. 18. D. de pign. act. Hier aber wird l. 25. §. 1. D. fam. erc. zwiſchen nomen und Forderungen, deren Gegenſtand ein corpus iſt, unterſchieden. Das aber iſt freilich nicht nöthig, daß das nomen aus einem Darlehnsgeſchäft entſtanden ſey; vgl. l. 85. §. 1. 5. D. de V. O. l. 1. §. 36. l. 7. §. 1. l. 9. 18. 22. D. l. 12. C. depos. Von Gold und Silber, welches nach Gewicht hinterlaſſen worden iſt, ſ. die zuletzt angeführte l. 12. C. Iſt der Gegenſtand der Forderung eine species, ſo kann die von einem einzelnen Miterben angeſtellte Klage, wenn demſelben nicht etwa die species ausdrücklich angewieſen worden iſt, die exceptio plurium coheredum mit Recht entgegengeſtellt und der Schuldner nicht genöthigt werden, einem Miterben das Ganze auszuantworten, wenn man übri-

gens auch mit Leyſer sp. 115. m. 2. annehmen will, daß ein einzelner Erbe die species zu ſeinem Erbantheil in Anſpruch nehmen könne. Selbſt wenn mehrere species zu präſtiren wären, kann ein einzelner Erbe nicht die Ausantwortung einiger verlangen. Der Beſitzer kann aber zur Ausantwortung an das Gericht angehalten werden. So wird wenigſtens die Sache bei dem deposito dargeſtellt, d. l. 1. §. 36. l. 14. pr. D. de depos. Crell in der not. g. angef. diss. §. 6. Glück XV. §. 947. Aehnliches muß wohl auch gelten, wenn von Gewährung einer verkauften oder geliehenen Sache die Rede iſt. Wenn dagegen mehrere Erben ad speciem praestandam verpflichtet ſind, ſo kann ein einzelner Miterbe nur inſofern belangt werden, als er die zu gewährende species beſitzt, a. l. 3. §. 2. D. commod. Crell diss. l. §. 7. Glück XIII. §. 858. S. 473.; vgl. Ribbentrop z. Lehre von den Correalobligationen. §. 19.

c) Weil nämlich ſogleich durch Berechnung liquid iſt, wie viel der auf einen jeden Erben kommende Antheil eines nomen betragen würde — vorausgeſetzt natürlich, daß der Erbſchaftsantheil bekannt ſey, — ſo wird er, in Anſehung dieſes Antheils, ſofort nach angetretener Erbſchaft ſogleich für berechtigt oder verpflichtet geachtet. Bei andern Erbſchaftsgegenſtänden begründet der Erbſchaftsantritt nur einen Anſpruch auf ideelle Theile, und eine communio, welche erſt durch Theilung zu beſeitigen iſt.

d) Leyſer sp. 115. m. 4. Geſterding Ausbeute I. 5.

e) l. 12. C. depos. l. 33. pr. D. de leg. 2.; vgl. auch l. 63. §. 5. D. pro soc. Insbeſondere gilt dies von der praescriptio extinctiva des Klagrechts, welche einem Miterben entgegenſteht, oder von einem Miterben entgegengeſetzt wird. Berger resol. legg. obs. X. 2. qu. 1. Das Gegentheil würde bei correaliter Berechtigten oder Verpflichteten Statt finden, l. 5. C. de duobus reis.

f) Hier tritt nämlich die individua pignoris natura entgegen, vermöge deren dies Pfand auch für einen Theil der Schuld in solidum haftet, l. 1. 2. C. si unus ex pluribus heredibus.

g) l. 3. D. fam. erc.; vgl. Crell de divisione nominum in jud. fam. erc. interdum necessaria. Viteb. 1743. in fasc. VII. 61. Glück §. 732. S. 61. Schweppe §. 860. Eine ſolche Anweiſung hat jeden Falls unter den Miterben volle Wirkſamkeit, l. 2. §. 5. l. 18. §. 4. l. 20. §. 3. 5. D. fam. erc. l. 23. C. ib.

h) l. 1. C. si unus ex plur. her. l. 12. C. depos.

i) d. l. 1. C. l. 11. 14. D. de distract. pign. l. 11. §. 4. D. de pign. act.

k) Kind III. qu. 67. Glück §. 732. S. 63. Es kann hier eine doppelte legitimatio ad caussam nothwendig werden, inſofern der Kläger

einmal das Erbrecht überhaupt und dann den Uebergang des Erbſchaftsactivi auf ihn nachzuweiſen hat. Iſt die Uebertragung in dem letzten Willen des Erblaſſers erfolgt, ſo reicht dieſer letzte Wille hin, um beides zu beweiſen. Außerdem wird letzteres durch den Theilungsreceß, und wenn adjudicatio von Seiten des Richters Statt gefunden hat, durch das richterliche Decret dargethan; vgl. Mühlenbruch, Ceſſion der Forderungsrechte. §. 40.

l) l. 2. §. 5. l. 3. D. fam. erc. Glück a. a. O. und XVI. §. 1022. S. 438. Mühlenbruch a. a. O. §. 61. S. 603.

m) l. 85. §. 1. 5. D. de V: O. Ueber den Einfluß, welchen dies auf das Pfandrecht hat, l. 2. C. si un. ex plur. hered.

n) l. 6. C. fam. erc. Berger Oec. III. 6. 3. 5. Ueber den Fall, wenn der Schuld wegen ein Pfand beſtellt und dieſes einem Miterben angewieſen worden iſt, ſ. l. 29. D. fam. erc. Weſtphal von den einzelnen Vermächtniſſen und der Erbtheil.-Klage. §. 825. Glück XI. §. 732. S. 59. Ob der Miterbe, dem eine beſtimmte Sache zugetheilt worden iſt, für die darauf haftenden Schulden allein einzuſtehen habe? ſ. Elvers prakt. Arbeiten. Roſtock 1836. n. II. S. 37. ff., der dieſe Frage bejahen zu müſſen glaubt, obwohl die angez. l. 2. C. de hered. act. wenigſtens das nicht beweiſet, daß der belangte Pfandbeſitzer, welcher dem Pfandgläubiger Zahlung geleiſtet hat, nicht von den übrigen Miterben zu deren Antheil Entſchädigung fordern könne; vgl. l. 33. D. fam. erc. — Die Uebernahme eines Erbſchaftspaſſivum kann übrigens ſowohl von den Erben, l. 23. C. fam. erc., als von dem Erblaſſer, l. 20. §. 3. 5. 8. D. fam. erc. (vgl. Weſtphal a. a. O. §. 712. 724. Glück XI. §. 732. S. 65.), ingl. durch Adjudication des Richters, l. 3. D. fam. erc. ausgeſprochen werden.

o) l. 25. C. de pact. l. 23. C. fam. erc. Crell diss. I. §. 4. Hommel obs. 783. Wieſand obs. jur. rom. et sax. sp. 3. §. 3. in opusc. p. 37. Voet. l. l. cap. 12. Glück a. a. O. S. 63. J. W. VI. 145. Nach römiſchem Recht erlangte der Gläubiger aus einer von dem Erblaſſer angeordneten Theilung auch nicht das Recht, den Miterben, welchem die Schuld auferlegt worden war, ausſchließlich zu belangen, d. l. 20. §. 5. D. fam. erc. l. 69. §. 2. D. de leg. 1. Daſſelbe ſcheint auch nach dem Princip, daß nach Verträgen ein Dritter, welcher nicht Mitpaciſcent iſt, keine Rechte erwerbe, dann Statt zu finden, wenn in Folge einer Vereinigung der Erben ein Einzelner das passivum übernommen hat. Ob bei der Anweiſung durch Adjudication es anders geweſen ſey, kann allerdings bezweifelt werden; vgl. Crell diss. I. §. 4. Weſtphal a. a. O. §. 716. Glück a. a. O. S. 63. Nach heutigem Recht kann dem Gläubiger das Recht nicht abgeſprochen werden, den ihm angewieſenen Schuldner zu belangen.

p) l. 40. §. 2. D. de pact. l. 23. C. fam. erc. Struben r. Bed. V. 31. (285. ed. 2.).

q) Dieſe Anſicht wird wenigſtens durch die in den frühern Ausgaben angezogenen l. 25. C. de pact. l. 23. C. fam. erc. nicht beſtätigt. Indeß ſcheint dieſelbe doch richtig, wenn man die Uebertragung des passivi auf einen Miterben für ein bloßes mandatum de solvendo anſieht. Nimmt man aber dieſe Uebertragung für eine Art Delegation, ſo kommt es vor allem darauf an, ob zu der Delegation ebenfalls ausdrückliche Erklärung des Gläubigers, die frühere Verbindlichkeit für aufgehoben zu betrachten, wie nach l. ult. C. de novat. §. 3. I. quib. mod. obl. toll. bei der novatio, erforderlich ſey? vgl. Handb. IV. §. 1666. 1667. und außer den daſ. not. a. angef. Carpzov p. II. c. 19. def. 16. Müller. ad L. obs. 876. Berger S. E. D. F. I. cons. 78. Canngießer decis. Hasso-cass. 295. Voet. XLVI. 2. §. 3. Wer, wie an dem angeführten Ort und von den obengenannten Rechtslehrern angenommen wird, ausdrückliche Erklärung fordert, muß den in dem Text vorgetragenen Satz gelten laſſen. Damit ſtimmt denn auch vollkommen überein, was §. 1669. von den Rechten des Pfandgläubigers gegen den die Hypothek übernehmenden Acquirenten des verpfändeten Grundſtücks gelehrt wird. Dennoch ſcheint §. 1667. n. 2. gerade das Gegentheil vertheidigt zu werden. Diejenigen, welche, wie Leyſer l. l. Bachov. ad Treutl. II. disp. 29. th. 6. litt. A. Mävius II. dec. 240. 241. 242., auch facta concludentia für ausreichend erklären, ſind dennoch nichts weniger als darüber einverſtanden, ob die Klage auf Zahlung von Capital oder Zinſen, Annahme von Stück- oder Zinſenzahlung zu ſolchen concludenten Handlungen gehören. Und in der That möchte dies wohl im Allgemeinen zu verneinen ſeyn. Die Umſtände, welche in dem Fall bei Mävius VII. 13. vorkommen, waren freilich von der Art, daß ſie eine Ausnahme von der Regel wohl geſtatteten; vgl. auch einen hierher gehörigen Rechtsfall bei Overbeck IX. Med. 478.

§. 937.

Anlangend endlich V. die zur Erbſchaft gehörigen Urkunden, ſo werden ſolche, im Falle ſie die ganze Erbſchaft betreffen, demjenigen zu Theil, welcher die größte Erbportion überkommt; bei gleichen Erbtheilen aber werden ſie entweder dem älteſten Erben überlaſſen, oder die Sache wird durchs Loos entſchieden, oder ſie werden an einem dritten Orte verwahrlich niedergelegt[a]). Diejenigen Urkunden, welche beſonders zu einem Erbſtücke gehören, verbleiben dem, welcher daſſelbe überkommt[b]).

a) l. 4. §. f. l. 5. D. fam. erc. l. ult. D. de fid. inst., wo insbeſondere von tab. testamenti die Rede iſt; vgl. Glück XI. §. 730. n. 43. Doch iſt derjenige Erbe, welcher die Urkunden überkommt, verbunden, dieſelben den übrigen Erben, ſo oft ſie deren benöthigt ſind, mitzutheilen, d. l. 5. Deshalb war ſonſt Caution, wahrſcheinlich bloß nude promissoria zu leiſten, der es jedoch h. z. T. nicht mehr bedarf; vgl. Mävius VIII. dec. 477., l. 4. §. 3. l. 8. pr. D. fam. erc. Ueber den Vorzug des senior vgl. die angef. l. ult. D. de fide instr. Leyſer sp. 116. m. 9. 10. Mävius VIII. dec. 476. Außerdem kann der, welcher die documenta communia aufzubewahren hat, ſowohl von dem Erblaſſer, l. 8. pr. D. fam. erc., als auch von dem Richter ernannt werden, l. 5. C. comm. utriusque jud. Ueber gerichtliche Niederlegung der Urkunden vgl. Mävius V. 330.

b) Hellfeld Jurispr. for. §. 730. Leyſer sp. 116. m. 11. Mävius p. VIII. dec. 476.

§. 938.

Gar nicht getheilt werden 1) Gegenſtände, welche im juriſtiſchen Sinn einer Theilung nicht fähig ſind, res individuae [a]), wohin denn namentlich Begräbnißorte [b]), Realſervituten [c]), ſo wie Anſprüche, deren Gegenſtand facti praestatio iſt [d]), gehören; 2) Sachen, welche nicht in dem Eigenthum von Privaten ſeyn können, wohin die Geſetze namentlich Gifte und verbotene Schriften [e]) rechnen.

a) Vgl. §. 421. not. c.

b) l. 30. in fin. D. fam. erc. Voet. de fam. ercisc. VII. 10. G. L. Mencken de jure sepulcror. familiar. et hered. eorumque alienat. et divisione. L. 1739. in opusc. n. 3. v. Weber Kirchenrecht II. §. 212. Bd. 3. S. 964. u. §. 103. 104. der 2. Ausg.

c) l. 25. §. 9. 10. 11. D. fam. erc. l. 2. §. 2. D. de V. O. l. 7. D. ad l. Falc. Perſonalſervituten, wenigſtens ususfructus, ſind theilbar, l. 16. pr. §. 2. D. fam. erc. l. 5. l. 13. §. 3. D. de usufr. l. 1. §. 9. D. ad l. Falc. Von dem usus und der habitatio läßt ſich dies im Allgemeinen nicht behaupten, l. 19. D. de usu et hab. Glück IX. §. 623. S. 36.

d) l. 2. §. 6. l. 72. pr. l. 85. §. 2. 3. D. de V. O. l. 25. §. 13. D. fam. erc. Crell diss. l. §. 5. Der Anſpruch auf eine für den Contraventionsfall beſtimmte Conventionalſtrafe iſt als ein nomen anzuſehen.

e) l. 4. §. 1. D. fam. erc. Solche Sachen ſollen vernichtet werden. Doch können wenigſtens nach heutigem Rechte Gifte an Solche

verkauft werden, welche damit verkehren dürfen, ſo daß das Kaufgeld Gegenſtand der Theilung wird. Glück XI. §. 730. S. 43.

§. 939.

Durch das ſogenannte Kührrecht wird die Art und Weiſe der Theilung einer Verlaſſenſchaft[a]) unter Miterben, nach deutſchem und ſächſiſchem Recht inſofern modificirt, als, vermöge deſſelben, unter den mehrern Miterben der eine, nämlich der ältere, theilt, der andre, der jüngere, wählt[b]). Ob ein ſolches Kührrecht als ein Inſtitut des gemeinen deutſchen Privatrechts anzuſehen ſey, iſt nicht unbeſtritten[c]). In Sachſen, wo es geſetzlich anerkannt iſt[d]), wird A) wenn dieſes Kührrecht eintreten ſoll, vorausgeſetzt, 1) daß nicht mehr als zwei Miterben concurriren[e]); wobei aber die Zeit der eintretenden Theilung, nicht die des Erbanfalls, zu berückſichtigen iſt[f]), 2) daß daſſelbe nicht durch eine entgegengeſetzte Dispoſition des Erblaſſers[g]), oder durch Statuten und Gewohnheit[h]) ausgeſchloſſen worden ſey. Dagegen iſt 3) nicht nöthig, daß von dem Nachlaß eines Adſcendenten die Rede ſey, der unter Deſcendenten vertheilt werden ſoll[i]). Unter dieſen Vorausſetzungen findet B) das Kührrecht nicht bloß 4) dann Statt, wenn Perſonen verſchiedenen Alters concurriren[k]), ſondern auch 5), wenn die Erben verſchiedenen Geſchlechts ſind[l]); in welchem Fall die Frau cum curatore theilt[m]), der Mann aber wählt. Was C) die Wirkſamkeit dieſes Rechts anlangt, ſo iſt 6) keiner der bei der Theilung concurrirenden Individuen berechtigt, einſeitig auf einen andern Theilungsmodus zu dringen[n]). Auch findet 7) daſſelbe Statt, es mag von Theilung des ganzen Nachlaſſes, oder von einem ungetheilt gebliebenen Theil deſſelben[o]), oder von Uebernahme eines Einzelnen, phyſiſch nicht theilbaren, Nachlaßgegenſtandes die Rede ſeyn[p]). Uebrigens verſteht ſich 8) von ſelbſt, daß die in dieſer Maſſe bewirkte Theilung des Nachlaſſes nicht einſeitig wieder aufgehoben werden kann[q]). Dagegen fällt 9) das Kührrecht weg, wenn von den betheiligten Individuen das eine vor veranſtalteter Theilung mit Tode abgeht[r]).

a) Daß in andern Theilungsfällen ein ſolches Kührrecht nicht eintrete, ſ. Berlich p. III. concl. 21. n. 39. 40. Carpzov p. III. c. 15. def. 26. Der Schwabenſpiegel Art. 266. §. 2. ſpricht freilich ziemlich allgemein.

b) N. Hert. paroem. 24. in deſſen comm. et opusc. II. 3. G. Beyer de proverbio major dividit, minor eligit. Viteb. 1712. in deſſen opusc. n. 12. p. 296. ff. Leyſer sp. 115. m. 6. 7. Eiſenhart Grundſ. des D. Rechts in Sprüchw. III. 16. Pütter Erört. und Beiſpiele des D. Staats- und Fürſtenrechts I. Heft 4. S. 447. Runde D. P. Recht §. 520. a. (und dazu Danz Comm. V. S. 303.) §. 681. Eichhorn D. P. R. §. 337. Mittermaier §. 416. §. 468. der 6. Ausg.

c) Vgl. Gaill obs. II. 116. und dagegen Eiſenhart a. a. O. §. 1. not. Leyſer sp. 115. m. 6.

d) Landr. III. 29. Weichb. Art. 26. c. 15. p. III. und dazu die Conſultationen, zuſammengeſtellt bei Mindan III. qu. 77. 78. 79. p. 445. ff. Carpzov und Moller. Berlich p. III. concl. 21. Haubold ſächſ. P. R. §. 355. a.

e) Carpzov l. l. def. 11. Doch zweifeln wenigſtens nach gemeinem ſächſ. Recht mehrere, wie Berlich l. l. n. 26. Moller semestr. II. 27.; vgl. Müller. ad L. obs.

f) Carpzov l. l. def. 12. 13. 14. Moller semestr. l. l. n. 5.

g) de const. 15. Berlich l. l. n. 24. Carpzov l. l. def. 36. Leyſer sp. 115. m. 7. Die const. ſpricht freilich nur von dem Vater; allein die Rechtslehrer haben darin keinen Anſtoß gefunden, anzunehmen, daß daſſelbe von allen Erblaſſern gelte; vgl. not. i.

h) Es fragt ſich, ob dieſe Beſtimmung der const. noch h. z. T. Gültigkeit habe, nicht vielmehr durch die Gouvernementsverordnung v. 24. Mai 1814. (G.Bl. n. 107.) und das Erbg. §. 141. aufgehoben ſey? Allein beide Geſetzſtellen ſprechen nur von der Inteſtaterbfolge und dem darauf gegründeten Erbrecht; nicht von dem Recht an einer bereits erworbenen Erbſchaft.

i) Coler. decis. I. 54. Berlich l. l. n. 23. Carpzov l. l. def. 5. Wenn gleich namentlich die beiden erſtern an andern Orten wiederum nur von Geſchwiſtern ſprechen, die ſich theilen. Auf dieſelbe Weiſe äußerte ſich Rauchbar I. qu. 42. und die Conſultat. qu. 77—79. bei Mindan, obwohl qu. 79. auch von Brüdern oder Miterben die Rede iſt. Es fragt ſich aber, ob nicht das ganze Kührrecht auf die successio ab intestato, oder wenigſtens auf den Fall, wenn dem Erblaſſer Verwandte ſuccediren, zu beſchränken ſey? In der That behauptet das Erſtere Wernher p. IX. obs. 239., den aber ſchon die not. h. in Erwägung gekommenen Schlußworte der const. 15. widerlegen. Nach

Beyer diss. l. II. 8. gilt das Kührecht allerdings auch bei der teſtamentariſchen Succeſſion; ob aber auch bei extraneis heredibus? darüber erklärt ſich der Verfaſſer nicht näher. Seinem Urſprunge nach war das Kührecht ſchwerlich auf extraneos heredes berechnet, und es fehlt auch an einem haltbaren Grund, eine weitere Ausdehnung deſſelben im Verfolge der Zeit anzunehmen.

k) l. const. 15. Rauchbar l. qu. 41. Wie es zu halten ſey, wenn Zwillinge als Erbbetheiligte concurriren; ob und wie hier das Alter ausgemittelt werden müſſe, darüber ſind Moller l. l. II. 29. Berlich th. n. 43. Carpzov def. 18. Beyer diss. l. II. 7. zu vergleichen.

l) d. c. 15. Rauchbar qu. 41.

m) Die Concurrenz des Curators muß auch noch h. z. T. als nothwendig angeſehen werden, Curatel=Geſetz §. 3. 3. Nach dem Geſ. v. 8. Januar 1838. (GS. n. 7.) fällt dieſe ganze Beſtimmung weg.

n) Berlich l. l. n. 24.

o) Carpzov l. l. def. 23.

p) Dies behauptet wenigſtens Carpzov l. l. def. 9.; es iſt aber an der Richtigkeit dieſer Behauptung, die vielleicht einer Verwechſelung mit dem folgenden §. erwähnten Minoratsbefugniß ihr Daſeyn verdankt, wohl noch zu zweifeln. Vielleicht ließe ſich ſogar aus §. 30. des Erbg. darthun, daß wenigſtens nach neuerm Recht davon nicht mehr die Rede ſeyn könne.

q) Berlich l. l. n. 66. Carpzov def. 19. 20. Moller semestr. II. 28.

r) Berlich n. 53. 55. Carpzov def. 19. 20. Es reicht übrigens hin, daß einer der Miterben vor vollzogener Theilung, gleichviel, ob der ältere oder der jüngere, der Mann oder die Frau, verſtorben iſt; dagegen ſoll, wenn beide verſtorben ſind, und jeder nur einen Erben hinterlaſſen hat, das Kührecht wiederum eintreten. Carpzov def. 15. 16. 17. Uebrigens ſpricht man auch von einer Verjährung des Kührechts und nimmt hier die gewöhnliche von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen an; vgl. die Conſult. a. a. O. Coler. l. l. Berlich n. 64.

§. 940.

Von dieſem Kührecht unterſcheide man den an verſchiedenen Orten eingeführten Minorat in den Bauergütern [a]), vermöge deſſen der jüngſte Sohn das Vorrecht hat, von den väterlichen Gütern wenigſtens eins für den wahren, durch beſondere Würderung zu beſtimmenden Werth mit Ausſchluß ſeiner Geſchwiſter anzunehmen. Dieſes Recht,

welches man ebenfalls das Kührrecht, jus optionis, zu nennen pflegt, und daher von den Rechtslehrern häufig mit dem im vorigen §. erwähnten Recht verwechſelt wird, iſt dennoch weſentlich von demſelben unterſchieden[b]), jedoch ebenfalls als etwas rein Perſönliches, auf die Erben nicht Uebergehendes anzuſehen, das durch ein ſogenanntes Kührgeld[c]) abgekauft werden konnte, durch das neuere ſächſiſche Recht aber aufgehoben[d]) worden iſt.

a) Carpzov p. III. c. 15. def. 25. sqq. Cramer Wetzl. Nebenſt. p. VII. n. 8. S. 164. Struben rechtl. Bedenken III. 7. 97. (289. a. et b. ed. 2.) P. Leyſer jus georgicum I. 30. Ueber den Urſprung dieſes Rechts vergleiche Dreyer Beitr. zur Litteratur und Geſchichte des deutſchen Rechts. S. 31. ff.

b) Denn 1) findet das Kührrecht wenigſtens in Sachſen nur unter zwei Miterben Statt (§. praec.), da hingegen der Minorat in Bauergütern, da wo es eingeführt iſt, auch wenn mehrere Erben vorhanden ſind, Statt findet; 2) jenes iſt nicht nur unter Kindern, ſondern auch unter den Erben der Aufſteigenden und Seitenlinie zuläſſig; dieſer ſteht bloß dem jüngſten Sohn zu; 3) jenes ſetzt den Fall einer Theilung voraus; bei dieſem wird aber die Theilung, auch wenn ſie füglich geſchehen könnte, ausgeſchloſſen; endlich 4) gilt auch jenes der Regel nach in allen den Orten, wo es nicht ausdrücklich abgeſchafft worden iſt; und wird daher im Zweifel vermuthet, dahingegen der Minorat keine ſolche Vermuthung für ſich hat.

c) Leyſer ebendaſ. n. 6. 7. Carpzov l. l. def. 26. Ausnahme ſoll Statt finden, wenn das Gut dringender Schulden halber hätte verkauft oder ſubhaſtirt werden müſſen, weil in dieſem Falle das Kührrecht nicht Statt finden könne, mithin auch das Kührgeld wegfalle. Leyſer n. 9.

d) Erbg. §. 30. Haubold ſächſ. P. R. §. 355. b.

§. 941.

Die Wirkungen der Erbvertheilung*) ſind, I. daß das gemeinſchaftliche Eigenthum, welches die ſämmtlichen Erben an allen zur Erbſchaft gehörigen Sachen hatten, aufhört, und jeder an den ihm zugetheilten Erbſchaftsſtücken ein Alleineigenthum erhält[a]); II. daß auf den Fall, da einem Erben eine Sache, welche dem Erblaſſer nicht eigenthümlich gehört hat, zugetheilt worden, die Miterben demſelben zur Gewährsleiſtung verbunden ſind[b]), jedoch mit

Unterſchied: 1) Hat nämlich der Erblaſſer in ſeinem letzten Willen ſelbſt eine Vertheilung der Erbſchaft gemacht, und α) ſeinen Inteſtaterben oder ſeinem Eheweibe eine fremde Sache zugetheilt, ſo ſind die Miterben ohne Unterſchied, es mag der Teſtirer ſolches gewußt haben, oder nicht, die Gewähr zu leiſten ſchuldig [c]); hat aber β) der Teſtirer eine ihm nicht zugehörige Sache einem Fremden zugetheilt, ſo iſt derſelbe von ſeinen Miterben nur alsdann, wenn er erweiſen kann, daß der Teſtirer ſolches gewußt habe, die Gewährleiſtung zu verlangen berechtigt [d]). 2) Wenn die Erben ſelbſt, es geſchehe nun gerichtlich oder außergerichtlich, die Erbſchaft unter ſich vertheilen, ſo unterſcheide man, ob derjenige, welchem eine fremde Sache zugetheilt wird, ſolches weiß oder nicht. Erſtern Falls würde derſelbe im Falle der Eviction keine Entſchädigung verlangen können, dafern er ſich ſolche nicht gleich bei der Theilung ausdrücklich vorbehalten hätte; letztern Falls hingegen würde die Gewährsleiſtung, auch wenn ſie nicht beſonders ausbedungen worden, dafern nur der Erbe nicht ausdrücklich Verzicht darauf geleiſtet hatte, allerdings Statt finden [e]). Uebrigens ſind die Erben in dem Falle, da ſie zur Gewährsleiſtung verbunden ſind, nicht bloß den Werth, welchen die Sache zur Zeit der Erbtheilung hatte, ſondern den, welchen ſie zur Zeit der Eviction hat, zu erſetzen ſchuldig [f]).

*) Nach deutſchem Recht wird unter eigentlichen Theilungen, Tododer Tot, auch Thattheilungen und Umkehrungen unterſchieden. Letztere bilden eine Art proviſoriſche Auseinanderſetzung, durch welche einzelnen Miterben die verſchiedenen zu dem Nachlaß gehörigen Güter, gewöhnlich Grundſtücke, zu abgeſondertem Beſitz und beſonderer Benutzung auf eine gewiſſe beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit angewieſen werden, ſo daß die eigentliche Theilung ausgeſetzt bleibt, in dem Fall aber, wenn dieſe nun erfolgt, die verſchiedenen Intereſſenten über die erfolgte Benutzung keine Rechnung abzulegen haben; vgl. darüber Böhme von Todtheilungen. Leipz. 1795. Runde §. 363. und dazu Danz VII. S. 419. Schmidt Abhandl. II. 56. Weber Lehnrecht. III. §. 139. Schnaubert Erläut. des Lehnr. §. 139. Mittermaier §. 416. §. 468. der 6. Ausg. und die daſelbſt angef. Rechtslehrer; auch

C. G. Biener diplomatiſche Unterſuch. über die Rechte der Todtheilung, nebſt Anwendung auf Theilung u. Erbfolge im Herzogth. Naſſau. Lpzg. 1778. Hier iſt nur von eigentlicher Theilung die Rede.

a) l. 15. C. fam. ercisc. l. 3. C. comm. div. l. 1. C. comm. utriusqu. jud. §. 7. I. de off. jud. l. 47. §. 1. D. fam. erc. Voet. de fam. erc. XIII. 5. Leyſer sp. 117. m. 1. 2. Das, was der Erbe, der namentlich ein Grundſtück aus der Theilung übernommen hat, dem andern herauszahlt, iſt das ſogenannte Erbegeld; über welches zu vergleichen §. 402. not. d. Bülow Abh. I. 16. Pfeiffer Ausarb. IV. 9. Bei dieſem Erbegeld iſt vornehmlich die Frage: 1) ob es ad bona mobilia oder immobilia gehöre? vgl. darüber §. 402. Carpzov p. III. c. 21. def. 12. und Biener qu. 75. in opusc. II. S. 287. Winckler ad Berger. II. 4. 43. n. 1.; 2) ob es bevorzugt im Concurſe ſey, darüber vgl. 1658. not. a. Weber de pecunia hered. in conc. credd. e jure pretii residui aestimanda. Götting. 1816. v. Bülow und Pfeiffer a. a. O. Ueber die Verſchiedenheit, welche gleichwohl zwiſchen Theilung und Kauf Statt findet, vgl. Crell in der §. 942. not. a. angef. diss. §. 1.

b) Arg. l. 25. §. 21. D. fam. ercisc.; vgl. Handb. III. §. 1287. Voet. l. l. §. 6. sqq. v. Hartitzſch n. CLXXVIII.

c) Arg. l. 77. §. 8. de legat. 2. Berger L. III. Tit. IV. th. 3. not. 16. Hofacker §. 3053. Overbeck II. Med. 105. Glück XI. §. 734. S. 107. Schweppe §. 860. 944. Ueber die entgegengeſetzte Anſicht, und daß Gewähr nur dann geleiſtet wird, wenn Notherben getheilt haben und durch die Entwährung der Pflichttheil verletzt worden iſt, vgl. Cocceji jus contr. XI. 2. qu. 11. und dazu Emminghauß not. l.

d) Arg. l. 10. C. de legat. Hofacker a. a. O. In beiden Fällen wird keine Gewähr präſtirt, wenn eine species als praecipuum legirt worden iſt. Glück a. a. O. S. 109. Overbeck a. a. O. S. 353.; vgl. §. 784. j. §. 767.

e) l. 14. C. fam. erc. l. 7. C. commun. utriusque judic. Glück XI. §. 734. Hingegen findet die Gewährsleiſtung nicht Statt, wenn ein Miterbe die ihm zugetheilte Schuldforderung nicht beitreiben kann, weil die Erben nur für die Gewißheit, nicht aber für Güte derſelben zu haften ſchuldig ſind, dafern nicht ſolches beſonders bedungen worden, l. 4. D. de hered. v. act. vend. Leyſer Sp. 199. m. 3. Berger Resolutt. legg. obst. L. XVIII. T. 4. qu. 9.

f) l. 66. §. fin. D. de evict. et dupl. stipul. l. 7. C. commun. utr. jud. Voet. l. l. §. 8. Glück XI. §. 734. S. 81.

§. 942.

Ob und wie weit aber ein Erbe wegen erlittener Verletzung die Erbtheilung anzufechten berechtigt ſey, muß nach Unterſchied der Fälle beantwortet werden [a]). I. Hat der Erblaſſer ſelbſt in ſeinem letzten Willen die Art und Weiſe, wie die Erbſchaft vertheilt werden ſoll, beſtimmt, ſo ſind bloß die Notherben, auf den Fall, da ſie im Pflichttheile verletzt ſind, deſſen Ergänzung, keinesweges aber die gänzliche Aufhebung der angeordneten Theilung zu verlangen befugt [b]). II. Wenn hingegen die Erben unter einander die Erbſchaft vertheilt haben, und einer derſelben dabei verkürzt worden iſt, ſo iſt im Allgemeinen zu bemerken, daß jede Erbtheilung wegen Verletzung angefochten werden kann, welche in einem dolus derjenigen, welche hierbei concurrirt haben [c]), ihren Grund hat, oder in einem Irrthum, welcher entweder als Rechnungsfehler anzuſehen iſt [d]), oder ganz andre Theile der Erbſchaft veranlaßt hat, als nach dem Willen des Teſtirers oder den Beſtimmungen der Geſetze gemacht werden konnten [e]). Zweifel, ob eine Erbtheilung anzufechten ſey, kann daher nur entſtehen, wenn behauptet wird, daß durch die Art und Weiſe der Vertheilung der Nachlaßgegenſtände unter die Erben Ungleichheit entſtanden iſt [f]). In dieſer Hinſicht unterſcheide man, ob die Theilung gerichtlich oder außergerichtlich geſchehen iſt. 1) Im erſten Falle würde die Theilung, dafern ſolche vom Richter, nach deſſen vorgängiger Unterſuchung, und nach beſchehener Würderung aller Erbſchaftsſtücke, beſtätigt worden, nicht angefochten werden können [g]). 2) Im andern Falle aber kann α) im Allgemeinen der Erbe, welcher wegen eines ſolchen Irrthums durch ungleiche Theilung verletzt worden iſt, allerdings ein Recht, dieſe Theilung anzufechten [h]), geltend machen. Hat hingegen β) der Erbe ein Erbſchaftsſtück nach vorgängiger Würderung angenommen, und ſeinen Miterben dafür Geld ausgezahlt, oder ihnen andere Erbſchaftsſtücke dagegen überlaſſen, ſo nimmt dieſes Geſchäft die Natur eines Kaufs oder Tauſches an, mithin kann er auf den Fall, da er durch unrichtige Würderung verkürzt wor-

den, nur alsdann Schadloshaltung verlangen, wenn er mehr als die Hälfte zu wenig bekommen hat[i]).

a) Joh. Heinr. Berger D. de reformatione divisionis extrajudicialis ex caussa laesionis modicae. Viteb. 1692. in deſſen diss. select. n. 26. Voet. de fam. erc. c. 14. Crell de divisione per justit. facta, utrum ob laesionem rescindi possit. Viteb. 1743. in opusc. VII. 60. Gebauer de ercto cito ab inaequalitate reform. Götting. 1777. in deſſen opusc. I. n. 14. J. A. Meurs de inaequali hered. divis. corrigenda in Oelrichs thes. n. diss. belg. III. 1. n. 5. Glück XI. §. 734.

b) l. 7. 10. 16. 21. 26. C. fam. erc.

c) l. 8. C. de collat. l. 3. C. comm. utr. jud. l. 35. D. de pact. l. 7. C. qu. prov. non est nec. Daß, wenn von einem dolus des Richters die Rede iſt, Beſtechung hinzugekommen ſeyn müſſe, um die Theilung ſelbſt anfechten zu können, vgl. Glück a. a. O. S. 89., iſt heut zu Tage gewiß nicht nöthig. Der Miterbe, der von einer doloſen Entſcheidung des Richters profitiren wollte, würde offenbar ſelbſt eines dolus ſich ſchuldig machen.

d) pr. l. 1. §. 1. D. quae sent. sine appell. resc. l. un. C. de err. cal. Selbſt die Rechtskraft kann nicht machen, daß 2 mal 2 = 3, oder gar = 5 iſt. Wenn daher in dem letztern Geſetz auf Rechtskraft Gewicht gelegt wird, ſo muß dies auf einen Fall, wie der in dem erſtern Geſetz angeführte, beſchränkt werden. Cramer I. obs. 252. III. obs. 990. Berlich I. concl. 84. Wernher p. VIII. obs. 427. Hommel obs. 228. 511.; vgl. auch Freiesleben et Höpfner dubitat. ad jus civile spect. L. 1731. n. 2.

e) Vgl. §. 935. §. 943. n. 1. l. 27. D. fam. erc.

f) Vgl. Glück l. l. S. 87. Vorausgeſetzt natürlich, daß in dieſer Beziehung nicht etwa ein Transact unter den Miterben, oder doch eine Genehmigung des Betheiligten Statt gefunden hat.

g) Arg. l. 36. D. fam. erc. (über welches zu vergleichen Glück a. a. O. S. 83. Weſtphal §. 840.) l. 3. C. commun. utriusque jud. Berger Oec. III. VI. 3. 9. Wohl aber würde die Theilung alsdann angefochten werden können, wenn dieſelbe vom Richter ohne vorgängige Unterſuchung beſtätigt worden wäre. Struben Th. V. Bed. 137. (286. ed. 2.). Für eine gerichtliche Theilung iſt indeß nur die anzuſehen, welche unter Autorität der Gerichtsbehörde ſelbſt, nicht etwa ohne dies, bloß durch Dorfgerichtsperſonen, oder die an manchen Orten vorkommenden ſogenannten Theilungsrichter, eine Art arbitri; vgl. Struben a. a. O. Würtemb. Landrecht II. 14. und dazu Grieſinger §. 178. (III. S. 652.) vollzogen worden iſt. Daß übrigens der gerichtlichen

Theilung diejenige Theilung gleichſtehe, welche die Natur einer transactio hat, ſ. l. 1. C. fam. erc.

h) l. 3. C. commun. utr. jud. Berger a. a. O. Leyſer Sp. 117. m. 5. 6. Struben Th. I. Bed. 157. (282. ed. 2.). v. Hartitzſch n. CLXVIII. auch dann, wenn die Erbſtücke verlooſt worden wären; vorausgeſetzt, daß der verkürzte Erbe von deren Ungleichheit keine Wiſſenſchaft gehabt. Hofacker §. 3058. Crell diss. I. §. 5. 6. Der im §. aufgeſtellte Satz iſt nicht unbeſtritten. Es pflichten demſelben bei Stryck us. mod. X. 2. §. 7. Wernher p. V. obs. 51., während A. Faber err. pragm. VIII. err. 1—5. Fachin. contr. VIII. 36. Berger diss. I. Leyſer sp. 117. m. 5. Cocceji jur. contr. X. 2. qu. 7. Hofacker §. 3058., wegen jeder Verletzung ein Recht die Theilung anzufechten annehmen; Moller semestr. II. 28. und p. III. c. 15. n. 8. Berlich III. concl. 21. n. 66. Carpzov p. III. c. 15. def. 19. Gebauer l. l. II. 11. J. G. F. Wolf de divis. leg. extra jud. ob modicam laesionem non impugnanda. Altorf. 1756. überall eine laesio enormis vorausſetzen. Ueber die hier entſcheidende l. 3. C. comm. utriusque jud. vgl. Püttmann probat. c. 7. Crell diss. I. §. 4. Glück a. a. O. S. 93. Köchy pr. Comm. zu den Pand. X. 2. §. 734. und a. daſ. angef.

i) l. 1. C. commun. utr. jud. j. l. 2. C. de resc. vend. Berger a. a. O. Struben Th. I. Bed. 157. (282.).

§. 943.

Uebrigens bemerken wir noch: 1) Iſt Jemandem aus Irrthum eine Erbportion zugetheilt worden, welcher gar kein Erbrecht hatte, oder ſofern er auch Erbe war, doch deſſen Erbportion weniger betrug, als er überkommen hat, ſo ſind die Erben die ihm zugetheilte Erbportion, oder, was er zuviel erhalten, mittelſt der condictio indebiti zurückzufordern berechtigt [a]). 2) Wenn ein Erbe wegen erlittener Verletzung die Erbtheilung anficht, ſo wird dieſelbe keinesweges ganz aufgehoben und reſcindirt, ſondern die Miterben ſind bloß zur Entſchädigung nach Verhältniß ihrer Erbantheile, und zwar nach dem Werthe, welchen die Erbſchaftsſtücke zur Zeit der Theilung hatten, verbunden [b]). 3) Eine Anfechtung der Theilung findet nicht Statt, wenn entweder etwas zu dem Nachlaß Gehöriges ungetheilt geblieben, oder eine bereits zugetheilte Sache dem Empfänger evincirt worden iſt [c]). 4) Auch ohne daß Verletzung Statt

gefunden hat, kann eine Theilung aufgehoben werden, α) in Folge einer dabei gemachten Bedingung [d]), β) wenn ſpäterhin zu den bereits benannten Erben ein neuer hinzukommt [e]).

a) l. 36. D. fam. erc.; vgl. Breuning de valore divis. hereditatis veri heredis cum putativo. L. 1766. Canngießer dec. hasso-cass. II. 249. Das Zurückerſtattete bildet den Gegenſtand einer neuen Theilung, namentlich dann, wenn der, welcher es zurückerſtattet hatte, gar nicht Erbe war. Wenn dagegen nach beſchehener Theilung ein Erbe hinzutritt, auf welchen man bei der Theilung keine Rückſicht genommen hatte, weil man ihn nicht kannte, oder ihm wenigſtens kein Erbrecht zugeſtand, ſo iſt neue Theilung erforderlich; vgl. l. 7. D. fam. erc.

b) l. 3. C. commun. utriusque jud. Leyſer Sp. 117. m. 8. Hofacker §. 3058. — Allerdings hat der Verletzte zunächſt nur einen Anſpruch auf Entſchädigung, wenn nicht etwa die Verletzung auf einem dolus beruhet, der als dolus caussam dans angeſehen werden kann; l. 8. C. de collat. Glück a. a. O. S. 92. Aber eine andre Frage iſt, ob die Gegner, außer dem Fall des dolus ſchlechthin zur Entſchädigung gehalten, nicht vielmehr auf anderweite Theilung zu dringen berechtigt ſeyen?

c) In dem erſten Fall erfolgt beſondere Theilung des noch nicht Getheilten; vgl. not. a., in dem zweiten tritt bloß eine Verpflichtung zur Entſchädigung ein; vgl. §. 941.

d) l. 6. C. comm. utriusque jud.; vgl. auch die angef. l. 7. D. fam. erc.

e) Vgl. not. a.

Zweites Capitel.

Von Ausſchlagung der Erbſchaft *).

§. 944.

Jedem, dem eine Erbſchaft angefallen iſt [a]), ſteht es in der Regel frei von derſelben ſich loszuſagen [b]), ſo lange der Antritt der Erbſchaft noch nicht erklärt worden [c]) oder für erklärt anzunehmen iſt [d]). Vorausgeſetzt wird aber, daß der Ausſchlagende dispoſitionsfähig ſey [e]); wofür in dieſer Beziehung ein inſolventer Schuldner zwar nach gemeinem Recht [f]), nicht aber nach ſächſiſchem Recht gilt [g]). Denn nach letzterm kann ein inſolventer Schuldner weder von

einer erſt zu hoffenden, noch von einer bereits angefallenen Erbſchaft ſich losſagen, geſetzt auch, daß eine ſolche Losſagung vor erfolgter Güterabtretung und eröffnetem Concurſe erfolgt, oder überhaupt nur ein einziger Gläubiger, mithin gar keine Veranlaſſung zu Eröffnung des Concursproceſſes vorhanden wäre; nur muß in dieſem Fall bei entſtandenem Concurs der curator bonorum, oder wenn kein Concurs entſteht, der betheiligte Gläubiger beweiſen, daß zu der Zeit der erklärten Verzicht die Inſolvenz des Schuldners bereits wirklich vorhanden geweſen ſey [h]). Abgeſehen hiervon iſt das Recht, eine angefallene, aber noch nicht angetretene Erbſchaft auszuſchlagen, beſchränkt: 1) bei Univerſalfideicommiſſen [i]); 2) bei der Concurrenz der Lehns- und Allodialſucceſſion in Anſehung der Söhne des Erblaſſers [k]).

*) J. H. Berger de omissione hered. Viteb. 1696. in deſſen diss. n. 133. van Voorſt de omittenda hered. Traject. ad Rh. 1736. Leyſer Sp. 372. Weſtphal a. a. O. §. 247—267. J. L. Gmelin de repud. hered. Tubing. 1804. Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1494. 1495.

a) Wenn die Erbſchaft nicht angefallen iſt, ſo iſt eine Verzicht auf dieſelbe wenigſtens nach gem. Recht unwirkſam, l. 13. pr. §. 2. l. 70. l. 94. D. Berger. diss. l. §. 44. de acqu. vel om. her. Gottſchalk in der Zeitſchr. II. XIX. §. 2. S. 343. Nach deutſchem Recht kann aber auch auf eine noch nicht angefallene Erbſchaft verzichtet werden; vgl. §. 836. Losſagen von einer Erbſchaft kann ſich ferner nur der, welcher die Erbſchaft antreten konnte, l. 4. 18. D. de acqu. vel om. her. Daher iſt auch zu der Losſagung, wie zu der Antretung Wiſſenſchaft von dem Anfall der Erbſchaft erforderlich; vgl. §. 885. not. n.

b) Das dem Ausdruck Losſagen entſprechende lateiniſche Wort: repudiatio, omissio, ſetzt Verzicht auf eine Erbſchaft voraus, die nicht anders als durch Antritt erworben werden konnte; während dies Wort, abstentio, abstinere, von der Losſagung von einer Verlaſſenſchaft gebraucht wird, die man, wie ehedem der suus heres, ipso jure erwarb; vgl. Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Comm. XLII. §. 1488—1490. So ſehr auch die abstentio von der repudiatio nach römiſchem Recht verſchieden iſt; namentlich inſofern, als das abstinere die Erbqualität nicht aufhob, ſondern nur Schutz gegen Erbſchaftsgläubiger gewährte, auch re adhuc integra, früher zu jeder Zeit, ſpäter wenigſtens intra triennium zurückgenommen werden konnte, l. 6. C. de repud. her.;

ſo iſt doch nach der bereits mehrmals angeführten Stelle des Erbg. §. 124. dieſer Unterſchied aufgehoben, da nach derſelben Kinder, die in väterlicher Gewalt des Erblaſſers ſich befanden, in dieſer Hinſicht wie andre Erben beurtheilt werden ſollen.

c) §. 5. pr. I. de her. qual. l. 3. 4. C. de repud. her. Auch dem Beneficialerben ſteht dies Befugniß nicht zu. Schweppe §. 874. S. 244.; vgl. oben §. 915. Ob es dem Vertragserben freiſtehe, die Erbſchaft auszuſchlagen, davon iſt bereits oben die Rede geweſen; vgl. §. 905. not. a. H. G. Bauer Erl. der 13. Deciſion v. J. 1746. §. 18. Gmelin diss. l. §. 9. Ueber Transmiſſion des Rechts zu repudiiren vgl. §. 911. n. 2. und Erbg. §. 8.

d) Wenn nämlich die Friſt verſtrichen iſt, innerhalb welcher die Erklärung über Antritt oder Losſagung erfolgen mußte, und dieſe Erklärung von einer Perſon erfordert ward, welche ein Intereſſe hatte, die Erbſchaft für angetreten anzunehmen; vgl. oben §. 885—888.

e) Vgl. oben §. 885. not. k. Adition und Repudiation ſtehen in dieſer Beziehung gleich, d. l. 4. 18. D. de acqu. vel om. her., und daſſelbe muß ohne Zweifel auch in Anſehung der Repudiation per procuratorem gelten; vgl. §. 908. not. e.

f) Vgl. oben §. 588. und außer den daſelbſt angeführten vorzüglich Pfeiffer prakt. Ausarbeitungen. IV. 2. Gmelin diss. l. §. 8.

g) Vgl. die §. 588. angef. dec. 25. v. J. 1746.

h) Angeführte dec. 25.; vgl. §. 836. not. l. Berger diss. l. §. 78. sqq. 88.

i) Vgl. oben §. 805.

k) Vgl. oben §. 908. not. c. Berger diss. l. §. 49. sqq.

§. 945.

Es giebt indeß ſchon nach gemeinem Recht Fälle, in denen es ausnahmsweiſe geſtattet iſt, eine angetretene Erbſchaft wieder aufzugeben. So war 1) den Soldaten ein ſolches Recht zugeſtanden [a]). Außerdem 2) hat daſſelbe der Fiduciarius, welcher gezwungen zum Behuf der Reſtitution eines auf den ganzen Nachlaß ſich erſtreckenden Univerſalfideicommiſſes angetreten hatte, und nun die Reſtitution nicht zu bewirken vermag, weil der Fideicommiſſar das Fideicommiß nicht annehmen kann oder will [b]). Endlich kann auch 3) vermöge der rest. in integrum derſelbe Erfolg herbeigeführt werden [c]). Nach ſächſiſchem Recht nimmt man an, daß innerhalb der jährigen Deliberationsfriſt eine angetretene Erbſchaft ohne weitern Nachtheil für den Be-

ſitzer nach einem Inventario oder einer eidlich zu beſtärkenden Specification den Gläubigern abgetreten werden könne [d]). Die Losſagung von der angetretenen Erbſchaft befreit natürlich von den durch die Adition übernommenen Pflichten eben ſo, als ſie die durch dieſelbe erlangten Rechte wieder aufhebt [e]); und verpflichtet den Losſagenden zur Auſantwortung des Nachlaſſes [f]), obwohl die inmittelſt bona fide getroffenen Verfügungen bei Kräften [g]), und namentlich die Rechte eines Dritten unverändert bleiben [h]).

a) l. 22. pr. §. 15. D. de jure delib. Ob in Sachſen dies Vorrecht der Soldaten noch gelte, das muß nach der Ordonnanz v. 19. Jul. 1828. (GS. n. 26.) p. II. §. 91. bezweifelt werden.

b) l. 11. §. 2. D. ad SCt. Treb.; vgl. §. 805. not. b.

c) Eine ſolche Reſtitution findet Statt ex cap. minoris aetatis, §. 5. I. de hered. qual. l. 7. §. 5. l. 33. D. de minor. l. 8. §. 6. C. de bon., quae lib., und ex cap. metus, l. 21. §. 5. D. quod metus C. l. 85. D. de acqu. vel om. her.; vgl. auch tit. XL. C. II.

d) dec. 57. v. J. 1661.; vgl. oben §. 888. Die Deciſion ſpricht von einer angemaßten Erbſchaft, was jedoch der allgemeine, die eigentliche aditio und die pro herede gestio in ſich begreifende Ausdruck zu ſeyn ſcheint; vgl. Haubold ſ. P. R. §. 349. n. 3. J. W. VII. 3. S. 21. Ueber die Frage, ob man von einer nicht angetretenen Erbſchaft auch nach Verfluß des Jahres ſich losſagen könne, wie von den ſächſ. Juriſten ziemlich allgemein und auch von dem Verf. des Handbuchs in den frühern Ausgaben §. 944. angenommen worden iſt, vgl. §. 888. not. f.

e) Namentlich wird die Wirkung der confusio aufgehoben, l. 87. §. 1. D. de acqu. vel om. her. Dies Geſetz, ſo wie die in den folgenden Noten angeführten ſprechen freilich zunächſt bloß von der in Folge einer rest. in integrum eintretenden Losſagung von einer angetretenen Erbſchaft; worüber zu vergleichen Burchardi Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. §. 27. S. 556. ff. §. 30. S. 566. Nach gemeinem Recht würde daſſelbe ohne Zweifel auch in dem Fall sub 1. gelten; denn hier wird doch gewiß durch eine Art der Reſtitution nachgeholfen, a. tit. C. de rest. milit. Aber auch in dem Fall sub 2. kann in dieſer Beziehung ſchwerlich etwas Anderes gelten. Ueber den Fall, wenn in Sachſen nach der decis. 57. die angetretene Erbſchaft aufgegeben wird, vgl. Kind II. qu. 57.

f) l. un. C. de reputat., quae fiunt in jud. in int. rest. Burchardi §. 29. S. 559. Leyſer sp. 117. m. 6.

g) Arg. l. 44. D. de acqu. vel om. her. l. 44. D. de re jud. l. 22. 31. D. de minor. Winckler ad Berger. Oec. II. 4. 52. not. 1. Leyſer sp. 117. m. 4. 5.

h) d. l. 44. D. de re jud.; vgl. Burchardi a. a. O. §. 30. Merkwürdig iſt beſonders nach gemeinem Recht in Beziehung auf jus accrescendi die Beſchränkung des Satzes, daß portio vacans dem Miterben auch wider ſeinen Willen zuwächſt, l. 55. 61. D. de acqu. vel om. her., womit jedoch die angez. l. 44. D. de re jud. zu verbinden; vgl. A. Faber err. pragm. L. err. 8. 9.

§. 946.

Wir bemerken noch I. die Repudiation iſt an keine beſtimmte Form gebunden[a]), ſie iſt aber in jedem Fall ſtreng zu erklären[b]). Wenn daher ein Teſtamentserbe, der zugleich ab intestato zu erben berechtigt iſt, auf die teſtamentariſche Erbfolge verzichtet, ſo iſt dies nicht auch als Verzicht auf die Inteſtatſucceſſion anzuſehen, und eben ſo wenig gilt Verzicht auf Inteſtaterbfolge ohne Weiteres auch für Losſagung von der durch Teſtament deferirten Erbſchaft[c]). II. Die Wirkung einer gültigen Repudiation iſt, 1) daß die aufgegebene Erbſchaft den gleichzeitig[d]) oder ſucceſſiv zur Erbſchaft berufenen Erbberechtigten anfällt. Zu den ſucceſſiv eintretenden Erben gehören bei der teſtamentariſchen Erbfolge die ſubſtituirten Erben und in deren Ermangelung die Inteſtaterben[e]), während bei Repudiation einer ab intestato deferirten Erbſchaft die successio ordinum et graduum[f]), letztere jedoch in Sachſen bei Succeſſion der Verwandten erſter und dritter Klaſſe mit Beſchränkung in Anſehung der Deſcendenten des Repudiirenden[g]) Platz greift. Dieſen eintretenden Erben iſt der Repudiirende den in ſeinem Beſitz befindlichen Nachlaß mittelſt Inventars oder eidlicher Specification auszuantworten ſchuldig[h]). 2) Nach erfolgter Repudiation iſt in der Regel keine Wiederannahme der Erbſchaft ſtatthaft[i]); 3) das dem Repudiirenden beſchiedene Prälegat bleibt in der Regel und zwar in ſeinem ganzen Umfange gültig[k]). 4) Da durch Aufgebung der teſtamentariſchen Erbfolge die in dem Teſtament angeordneten Legate und Fideicommiſſe ungültig werden[l]), ſo ging bei den Römern eine Verordnung des prätoriſchen

Edicts [m]) dahin, eine Losſagung von der teſtamentariſchen Erbfolge unſchädlich zu machen, welche in der Abſicht geſchieht, die Vermächtniſſe zu hinterziehen [n]); indem in dem Fall einer ſolchen Losſagung [o]) den Legataren [p]) ein Anſpruch gegen den, der durch die Losſagung gewinnt und ſelbſt gegen deſſen Erben zugeſtanden wird [q]). Um dieſe Dispoſition noch h. z. T. in Anwendung zu bringen, iſt aber auch eine beſtimmte Willenserklärung des Teſtirers erforderlich, zu Folge deren die einem teſtamentariſchen Erben auferlegten Legate als dieſem allein auferlegt angeſehen werden müſſen [r]). Auch bleiben h. z. T. alle die Fälle ausgeſchloſſen, in denen Jemand ſonſt verpflichtet ward, weil er die aufgegebene Erbſchaft jure potestatis erworben hätte [s]). Dies vorausgeſetzt tritt die Verordnung des Edicts noch h. z. T. ein, A) wenn der, welcher von einer ihm durch Teſtament deferirten Erbſchaft, gleichviel, ob als heres institutus oder substitutus [ss]), ſich losſagt, als geſetzlicher Erbe wieder einzutreten ſucht, oder den Nachlaß ohne Erbtitel als praedo behält [t]). In dem erſtern Fall iſt jedoch vorauszuſetzen, daß das Wiedereintreten nicht in Gemäßheit einer Dispoſition des Teſtirers geſtattet werde [u]), weshalb denn auch die Beſtimmung des Edicts nicht auf den Fall angewendet wird, wenn ein und daſſelbe Individuum zugleich als institutus und als substitutus bedacht worden iſt [v]). Daher findet in dieſem Fall die Dispoſition des Edicts nur Anwendung, wenn der eingeſetzte Erbe nach Ausſchlagung der teſtamentariſchen Erbfolge als Inteſtaterbe eintritt [w]). Dazu muß aber nach ſächſiſchem Recht kommen, daß eine Willenserklärung des Teſtirers nachgewieſen werden könne, zu Folge deren die Entrichtung der Vermächtniſſe nicht auf die Inteſtaterben übergeht [x]); B) wenn ſtatt des Losſagenden ein Andrer als Erbe eintritt. Hier haftet der Eintretende unbedingt [y]), derjenige aber, welcher ſich losgeſagt hat, in subsidium, jedoch nur dann, wenn er für die Losſagung ein Aequivalent empfangen hat [z]), obgleich dieſer Empfang nicht als pro herede gestio anzuſehen iſt [aa]), für die Legate, mit Ausnahme deſſen, welches

dem, der ſich losgeſagt hatte, beſchieden worden war [bb]). Der Eintritt des Andern erfolgt entweder vermöge der eintretenden Inteſtatſucceſſion oder in Folge einer in dem Teſtament angeordneten Subſtitution [cc]); dieſe Beſtimmung des Edicts wird übrigens analog auf den Fall angewendet, wenn ein Legatar, der ſelbſt wieder onerirt worden iſt, in fraudem des Honorirten das Legat nicht annimmt [dd]). Uebrigens iſt in Beziehung auf die Verordnung des Edicts noch im Allgemeinen zu bemerken: α) wenn wegen der Losſagung des teſtamentariſchen Erben mehrere Andre als Erben eintreten, ſo haften auch dieſe den Legataren [ee]), β) der Eintretende hat die Legate, welche dem, der ſich losgeſagt hat, allein auferlegt worden waren, außer denen, welche ihm für ſeine Perſon auferlegt worden ſind, zu gewähren; jenen gebührt ſogar ein Vorzug vor dieſen [ff]). Dagegen behält er den Anſpruch auf die quarta Falcidia [gg]), und wenn er ein Notherbe iſt, auf Ergänzung des Pflichttheils [hh]); auch findet ein Anſpruch der Vermächtnißnehmer nur inſofern Statt, als dasjenige, was ihnen in dem Teſtament als Bedingung vorgeſchrieben worden war, erfüllt wird [ii]), γ) wenn beide, heres institutus und substitutus, von der Erbſchaft ſich losgeſagt haben; und nun als Inteſtaterben eintreten, ſo haftet für die einem Jeden beſonders auferlegten Legate jeder in der Regel beſonders [kk]), doch kann eine Sache, welche ſowohl ab intestato als a substituto legirt worden iſt, nur einmal gefordert werden [ll]).

a) §. 7. I. de her. qual. l. 95. D. de acqu. om. h. Berger diss. l. §. 60. sqq. Nur kann dafür ein bloßes Stillſchweigen bei der von einem andern unternommenen gestio pro herede nicht gelten. Leyſer sp. 372. m. 1—3. Der Ausdruck omissio wird in einem weitern Sinn für jede Art und Weiſe der Losſagung, repudiatio dagegen für ausdrückliche Losſagung genommen. Uebrigens iſt das, was von dem Antritt der Erbſchaft §. 908. geſagt worden iſt, auch hier von Einfluß. Gmelin diss. l. §. 3. Man kann daher nicht pro parte einer Erbſchaft entſagen, l. 20. C. de jure del. Dies ſelbſt dann nicht, wenn ein Erbe ausdrücklich mehrfach zu verſchiedenen Theilen der Erbſchaft eingeſetzt worden ſeyn ſollte; l. 2. 80. D. de acqu. v. om. h. l. 20. C. de jure delib. Aber auch der, welcher zu einem Theil der Erbſchaft

eingeſetzt, in dem andern aber ſubſtituirt worden iſt, kann, wenn er als institutus angetreten hat, den jure subst. deferirten Antheil nicht mehr ausſchlagen, d. l. 20. C. l. 55. D. de acqu. vel om. her. Von dieſen mit dem Grundſatz nemo pro parte testatus etc. zuſammenhängenden Beſtimmungen ſcheint wenigſtens die letztere in Sachſen nach den Beſtimmungen des Erbg. §. 4. nicht mehr gültig; vgl. §. 908. n. a. b. Ueber Ausſchlagung zu Gunſten eines Dritten vgl. §. 906. not. b.

b) a. l. 17. §. 1. l. 70. §. 1. l. 97. D. de acqu. vel om. her. Uebrigens iſt dafür auch der allgemein anerkannte Satz, daß Verzicht nicht präſumirt wird, und wo ſie vorliegt, ſtreng zu erklären iſt. Hommel obs. 572.

c) Vgl. d. l. 17. §. 1. l. 70. §. 1. l. 77. D. de acqu. vel om. h. Schweppe §. 874. S. 246. Von dem Fall, wenn zwei Teſtamente deſſelben Teſtirers, in welchem derſelbe Erbe eingeſetzt worden, vorliegen, ſ. d. l. 97. Ob in dem Verzicht auf die Erbſchaft von Seiten eines Notherben auch Verzicht auf den Pflichttheil liege? Gottſchalk in der Zeitſchr. II. xix. §. 2. S. 343.

d) Nämlich die Miterben jure accrescendi; vgl. §. 891—893.

e) Vgl. §. 838., l. 39. l. 70. D. de acqu. vel om. h.; vgl. Erbgeſ. §. 4. Daß hierbei das tempus hereditatis delatae zu berückſichtigen ſey, §. 26. deſſ. Geſ. In Anſehung der successio pactitia würde, vorausgeſetzt, daß überhaupt derſelben gültig renunciirt werden konnte, vgl. §. 905. zunächſt succ. testamentaria, und nach Wegfall derſelben succ. ab intestato eintreten. Was hier den Eintritt der teſtamentariſchen Erbfolge anlangt, ſo iſt zu unterſcheiden zwiſchen einem Teſtament, das vor, und einem Teſtament, das nach errichtetem Erbvertrag errichtet worden iſt. Jenes wird durch einen Erbvertrag, der auf die ganze Nachlaſſenſchaft ſich beziehet, allerdings aufgehoben, und würde auch nicht wieder in Kraft treten, ſelbſt wenn aus dem Erbvertrag nicht angetreten werden ſollte; vgl. §. 729. not. b. Erſtreckt ſich der Erbvertrag nur auf einen Theil der Verlaſſenſchaft, ſo kommt Alles darauf an, ob man annimmt, daß succ. testamentaria und pactitia neben einander beſtehen könne, oder nicht. Nimmt man Erſteres, und zwar, wie es ſcheint, mit Recht an (vgl. §. 833. 834. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 144. f. S. 80.), ſo würde bei repudiatio der succ. pactitia ohne Zweifel die Erbſchaft durch das Teſtament deferirt, und nur da, wo, wie in Sachſen, angenommen worden iſt, daß successio testamentaria und legitima neben einander beſtehe, kann die Frage aufgeworfen werden, ob der Theil der Nachlaſſenſchaft, über welchen in dem Erbvertrag disponirt worden war, nicht vielmehr auf die geſetzlichen Erben falle? Für die bejahende Beantwortung dieſer Frage läßt ſich, wenn auch nicht aus §. 3.,

doch aus §. 4. des Erbg. eine Analogie entnehmen. Der teſtamentariſche und vertragsmäßige Erbe würden namentlich in dem angenommenen Falle als Miterben eingetreten ſeyn; fällt nun einer dieſer Miterben weg, ſo ſcheint die Diſpoſition des §. 4. auch hier anwendbar. Freilich iſt in dem angezogenen §. 4. nur von dem in einem letzten Willen ernannten Miterben die Rede; allein man ſieht doch nicht recht ein, warum, wenn einmal der Satz anerkannt werden muß, daß Miterben ex diversa caussa delationis concurriren können, hier etwas anderes gelten ſollte? Ein jus accr. ſcheint hier überall ausgeſchloſſen. Soviel dagegen ein nach dem Erbvertrag errichtetes Teſtament betrifft, ſo iſt zwar gewiß, daß durch daſſelbe nichts zum Nachtheil der vertragsmäßigen Erben disponirt werden kann, §. 834., allein eine abſolute Ungültigkeit des ſpäter errichteten Teſtaments läßt ſich nicht behaupten. Verzichtet daher der Vertragserbe auf ſein Erbrecht, ſo ſteht der succ. testamentaria nichts entgegen.

f) Vgl. §. 840. not. v.

g) Erbg. §. 111.; vgl. §. 895.

h) Leyſer sp. 372. m. 6. 7.

i) l. 13. pr. D. de acqu. vel om. her. §. 7. I. de her. qual. l. 1. 4. l. 4. C. de repud. her.; vgl. auch l. 1. §. 3. D. unde lib. l. 4. D. quis ord. in bon. poss. Am wenigſten kann der wieder als Erbe zugelaſſen werden, welcher gegen den Antritt bereits Reſtitution ausgebracht hatte, l. 8. §. 6. C. de bon., quae lib. l. 3. C. de repud. her. Außerdem kann auch hier rest. in integrum Statt finden, l. 1. 2. C. si ut om. her. l. 7. §. 9. D. de minor. Leyſer sp. 372. m. 8. v. Rheden de jure adeundi facta semel repud. Bremen. 1714. Berger diss. l. §. 37—40. Gmelin §. 18. 19. Daraus, daß eine Wiederannahme der aufgegebenen Erbſchaft nicht ſtatthaft iſt, folgt auch, daß Handlungen, welche vor der Erklärung über Erbſchaftsantritt vorgenommen, als pro herede gestio gelten würden, nach der Repudiation ihre Bedeutung verlieren, l. 12. 20. §. 4. l. 42. §. 3. l. 87. pr. D. de acqu. vel om. her.

k) Vgl. Pfordten de praelegat. §. 14. und oben §. 749. not. d.

l) Vgl. §. 727. 792. l. 181. D. de R. I. l. 2. C. de omissa o. test. Nur legata ad piam caussam ſollen eine Ausnahme machen; vgl. §. 752.

m) l. 1. pr. D. si quis omissa caussa test. tit. C. si omissa sit caussa test. (VI. 39.); vgl., außer den Commentatoren zu erwähnten Titeln, Weſtphal von Teſtamenten §. 949—1005. Gmelin diss. l. §. 21. 22. Madihn Miſc. n. 20. Schweppe §. 914. Mühlenbruch §. 784. u. in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1504. Roßhirt Vermächtniſſe I. S. 456., daß ein

gültiges Teſtament vorliegen müſſe, braucht kaum bemerkt zu werden; l. 1. 6. §. 4. D. l. 2. C. si omissio test. Ob man die Diſpoſition des Edicts auch auf andre Fälle, in welchen der eingeſetzte Inteſtaterbe den Willen des Teſtirers durch Repudiation zu umgehen, z. B. die Einwirkung eines executor testamenti zu beſeitigen ſucht, anwenden könne? ſ. Madihn Miſc. I. 20., welcher dieſe Frage bejahet.

n) Dieſe Abſicht iſt jedesmal vorauszuſetzen, l. 1. pr. §. 4. l. 6. §. 8. l. 17. 27. §. 2. D. l. 1. 2. C. si quis om. c. l. 77. §. 31. D. de leg. 2. Namentlich iſt das Edict in dem Fall ausgeſchloſſen, wenn der Teſtirer ſelbſt dem eingeſetzten Erben frei geſtellt hat, auf dieſe oder jene Art als Erbe einzutreten, l. 6. §. 1. 3. D. ib. Andre Entſchuldigungsgründe ſ. d. l. 6. §. 4. 5. 8., ferner l. 5. (analog auf Pflichttheilsberechtigte anzuwenden); vgl. auch l. 22. §. 2. l. 26. ib. l. 2. C. ib. Uebrigens macht auch testam. militis hier keine Ausnahme, l. 17. §. 3. D. de test. mil.

o) l. 1. §. 2. 7. 6. l. 23. D. h. l. 17. D. de injust. rupt. irr. Für eine Losſagung gilt auch die Nichterfüllung einer leichten Poteſtativbedingung. Eine Ausnahme ſ. l. 27. §. 1. D. h., über welche zu vergleichen Weſtphal §. 970., die aber h. z. T. ihre Bedeutung verloren hat; vgl. not. s.

p) l. 1. pr. l. 6. §. 10. l. 28. §. 1. D. l. 1—3. C. si causs. c. test. Nicht alſo denen, welche bei dem Eintritt des eingeſetzten Erben eine eigentlich ſogenannte mortis c. capio (§. 900. 901.) erlangt haben würden, l. 8. D. h.; und eben ſo wenig denen, welche auf den Fall, daß der eingeſetzte Erbe angetreten hätte, Miterben geworden wären, l. 22. pr. §. 1. D. h. Ueber die Ausdehnung auf fideic. universalia, l. 28. §. 1. D. ib. Unnöthig ſcheint hier eigentlich das Edict, da gegen den Fiduciar Zwang zum Erbſchaftsantritt geltend gemacht werden kann; vgl. §. 805.

q) l. 1. pr. §. 9. l. 4. §. 1. l. 12. D. h.

r) Nach römiſchem Recht fielen die Vermächtniſſe immer weg, wenn durch Repudiation des eingeſetzten Erben die Erbſchaft an die Inteſtaterben gelangte; vgl. not. l. Daſſelbe war wenigſtens nach älterm Recht auch dann der Fall, wenn an die Stelle des institutus ein heres substitutus trat, dem nicht namentlich dieſelben Legate auferlegt worden waren. In beiden Fällen hatte alſo das Edict Anwendung; allein in dem letztern Fall erhielt es eine Beſchränkung, als durch die Conſtitutionen der Kaiſer der Satz eingeführt ward, daß in der Regel der substitutus auch für legata ab instituto relicta zu haften habe, wenn nicht contraria voluntas des Teſtirers nachzuweiſen ſey; vgl. §. 793. not. aa. Francke Beitr. z. Erl. verſch. Rechtsmat. I. n. 6. §. 6. S. 138. Nach ſächſ. Recht hat nun das Edict eine anderweite Beſchränkung durch

die Verordnung des Erbg. §. 5. gefunden, inſofern nach dieſem §. die an die Stelle des teſtamentariſchen Erben tretenden geſetzlichen Erben, in der Regel alles das gewähren müſſen, was jenem auferlegt worden war. Hiernach bleibt, abgeſehen von dem Fall, wenn der Teſtamentserbe nach erfolgter Losſagung den Nachlaß ohne Rechtstitel, als praedo retinirt, das edict. nur anwendbar, wenn ſtatt des heres institutus ein andrer als substitutus eintritt; in dieſem Fall aber war der im Text aufgeſtellte Satz ſchon nach neuerm röm. Recht Bedingung der Anwendbarkeit des Edicts.

s) Vgl. l. 1. §. 1. 2. 3. 4. l. 21. 25. 26. D. si quis om. c. test. Von einer acquisitio per servum kann nicht mehr die Rede ſeyn; und die acquisitio per filium familias iſt durch die Einführung der peculia adventitia beſchränkt.

ss) l. 3. 10. §. 2. l. 12. 27. pr. D. ib.

t) l. 1. §. 9—12. l. 6. §. 7. D. si quis omiss. c. test. Daß ein ſolcher auch noch h. z. T. von den Vermächtnißnehmern belangt werden könne, läßt ſich nicht bezweifeln; vgl. §. 956. c. not. d. §. 957. not. d. Daß der, gegen welchen der Anſpruch formirt wird, die Erbſchaft beſitze, iſt jedenfalls erforderlich, l. 17. D. ib. Allein es kommt nicht darauf an, wie viel oder wenig er daran beſitze, l. 1. §. 1. 9. l. 13—16. D. ib. Auch iſt der gehalten, welcher dolo zu beſitzen aufgehört, l. 1. §. 10. 11. 12. l. 4. §. 3. l. 6. §. 4. 5. 6. D. ib., oder das Aequivalent für eine verkaufte Erbſchaft empfangen hat, l. 4. §. 3. l. 28. pr. ib.

u) Vgl. not. n.

v) l. 1. §. 5. D. si quis om. c. test., nicht entgegen ſteht l. 27. pr. D. ib., wo von einer Pupillarſubſtitution die Rede iſt; denn es wird hier ein Fall vorausgeſetzt, in welchem eine Mutter weder als instituta noch als substituta, ſondern ab intestato eintreten will.

w) l. 1. §. 9. l. 6. §. 9. l. 21. 23. 30. D. si quis om. c. test. Merkwürdig iſt, daß nach röm. Recht auch der filius emancipatus gehalten war, der das Teſtament des Vaters durch eine bonor. poss. c. tabulas anfechten konnte, wenn die erlangte bonor. possessio ihn zu Gewährung der Legate verpflichtete; vgl. Mühlenbruch Comm. XXXVI. §. 1421. h. S. 333. XXXVII. §. 1421. i. S. 21. ff., und er nun ſtatt dieſe bonor. poss. zu wählen, dieſe nicht nachſuchte, hiermit aber als Inteſtaterbe eintrat, d. l. 6. §. 9. Indeß hat doch dieſer Satz h. z. T. keine praktiſche Bedeutung, denn wenn man ſich auch einen Fall denken könnte, in welchem ein Notherbe die Wahl hätte, das Teſtament als pflichtwidrig anzufechten, oder ab intestato zu ſuccediren, ſo würde er doch in beiden Fällen für die Vermächtniſſe haften.

x) Vgl. §. 7. des Erbg., ohne dies bedarf es nach §. 5. des Edicts nicht; vgl. not. r. Doch entſteht auch hier die Frage, ob nicht

in einem Fall, in welchem der in dem Teſtament bedachte Inteſtaterbe mit Legaten bloß für den Fall bedacht worden iſt, daß ex testamento geerbt werde, demſelben ein Wahlrecht a testato oder ab intestato als Erbe einzutreten, eingeräumt ſey? Sollte dies verneint werden, ſo wäre die Meinung von Kriegel in der mehr angef. diss. §. 36. S. 78., welcher die Verordnung des Edicts nach neuerm ſächſ. Recht für ganz unnütz erklärt, ſchon deshalb zu beſchränken.

y) l. 4. pr. §. 1. D. si quis om. c. test. In Anſehung der Nothwendigkeit des Beſitzes gilt ohne Zweifel das not. t. Geſagte auch hier.

z) l. 2. §. 1. l. 3. 4. §. 1. D. si quis om. c. test.

aa) l. 2. §. 1. l. 3. 4. §. 1. D. si quis om. c. test. l. 24. D. de acqu. vel om. her.

bb) l. 10. §. 1. l. 22. §. 2. D. si quis om. c. test.

cc) l. 1. §. 13. l. 3. l. 4. pr. §. 1. l. 27. §. 2. l. 1. C. si omiss. c. test. D. ib. Nach ſächſ. Recht kommt bloß der letztere Fall in Betracht; vgl. not. r. Gottſchalk in der Zeitſchr. II. XIX. §. 2. 17.

dd) l. 4. §. 2. D. si quis om. c. test. Auch dieſe Beſtimmung muß als noch gültig nach ſächſiſchem Recht angeſehen werden.

ee) l. 10. pr. l. 18. pr. l. 24. pr. §. 1. D. si quis om. c. test.

ff) l. 6. pr. §. 1. 2. l. 25. 26. pr. D. si quis om. c. test. j. l. 22. §. 2. D. ad l. Falcid. Die beiden letztern Geſetze handeln von dem Fall, wenn der Eintritt eines andern Erben jure substitutionis erfolgt, und hier giebt das erſtere den legatis a substituto relictis, das zweite den legatis ab intestato relictis den Vorzug. Die Vereinigung beider Stellen, welche Pacius Enantiophan. VI. 48. verſucht hat, iſt unbefriedigend, und man muß wohl mit Gisbert. Regius Enantioph. I. 1. in Otton. thes. II. p. 1479. Weſtphal §. 972. annehmen, daß l. 26. h. von der Zeit, zu welcher die legata ab instituto relicta noch nicht auf den substitutus übergingen, d. l. 22. hingegen von der Zeit nachher zu verſtehen ſey.

gg) l. 6. pr. l. 18. §. 1. l. 25. 26. D. l. 3. C. si omissa c. test.

hh) arg. l. 19. D. si quis om. c. test.

ii) l. 6. §. 10. D. si quis om. c. test.

kk) l. 10. §. 2. l. 12. pr. D. si quis om. c. test. Der andre wird aber befreit, wenn einer solidum präſtirt hat, l. 11. ib.

ll) l. 11. D. si quis om. c. test.; vgl. Weſtphal §. 1002.

§. 947.

Von der **freiwilligen** Ausſchlagung der Erbſchaft ſind diejenigen Fälle zu unterſcheiden, da Jemand einer durch Teſtament, oder ab intestato ihm angefallenen Erbſchaft um deswillen für verluſtig erklärt wird, weil er ſich deren unwürdig gemacht hat[a]). Hierher gehört, 1) wenn der Erbe entweder vorſätzlicher Weiſe den Erblaſſer ums Leben gebracht, oder durch grobe Vernachläſſigung deſſen Tod verurſacht, oder beſchleunigt[b]), oder auch nur, obwohl ohne Erfolg, ihm nach dem Leben getrachtet hat[c]); hingegen wird der Erbe um deswillen, weil er den Tod ſeines Erblaſſers nicht gerächt, oder auch nicht denuncirt hat, heutiges Tages der Erbſchaft nicht mehr verluſtig[d]); 2) wenn der Erbe auf eine gröbliche Weiſe den Erblaſſer beſchimpft hat[e]); 3) wenn der Erbe den Erblaſſer ein Teſtament zu machen, oder ein bereits errichtetes Teſtament wieder abzuändern, verhindert hat[f]). (§. 707.) Uebrigens kann auch ein Teſtirer durch die ſogenannte clausula privatoria, Verluſt des beſchiedenen Erbtheils oder Vermächtniſſes für den Fall, daß ſeinem ausgeſprochenen Willen von dem Honorirten entgegen gehandelt würde, ausſprechen; vorausgeſetzt, daß dadurch die Rechte der Notherben nicht beeinträchtigt werden[g]).

a) Tit. D. de his, quae ut indign. auf. Tit. Cod. de his, quib. ut indign. hered. auf. Stryck de success. ab intest. Diss. 12. Leyſer Sp. 398.; vgl. §. 793. not. y. Gottſchalk in der Zeitſchr. II. XIX. §. 2. 13. Der Verluſt einer Erbſchaft wegen Unwürdigkeit ſetzt alſo einen gültigen Erbanfall voraus. Folglich iſt hier nicht von denjenigen Fällen die Rede, da Jemand zwar zum Erben eingeſetzt worden, aber entweder wegen Ungültigkeit des Teſtaments, oder, weil daſſelbe wiederum kraftlos geworden (§. 725. sqq.), oder die Erbeinſetzung für ungeſchrieben geachtet wird (§. 676. sq.), gar kein Erbrecht hat, mithin auch kein Verluſt deſſelben gedenkbar iſt; vgl. Roßhirt Erbrecht, Einleit. §. 7. sq. Glück Inteſtaterbfolge §. 30. Schweppe §. 978—981. Mühlenbruch doctr. pand. §. 782. Eine Ergänzung der Lehre des gem. Rechts über indignos bietet die ſchon mehrmals erwähnte N. 1. cap. 1. §. 2. 3. dar; vgl. §. 727. not. b. Auch das ſächſ. Erbg. hat §. 103—110. dieſe Lehre berührt, und in dieſer

Beziehung das gem. Recht weſentlich verändert. Im Allgemeinen iſt zu bemerken: 1) die Beſtimmungen des Erbg. gelten nicht bloß für Erbſchaften, ſondern auch für Vermächtniſſe, und ohne Unterſchied, es mag die Zuwendung in einer widerruflichen oder unwiderruflichen Verfügung erfolgt ſeyn, §. 110.; 2) nur die in dem Geſetz ſelbſt angegebenen caussae indignitatis, welche insgeſammt die Eigenſchaft einer Verletzung des Teſtirers an ſich tragen, werden berückſichtigt, §. 105. Aber 3) auch dieſe nicht ex officio, §. 109., alſo nur, wenn ſie derjenige geltend macht, welcher nach dem Wegfall des indignus die nächſte Anwartſchaft auf die Erbſchaft hat; vgl. §. 949. 4) Die Folgen der Unwürdigkeit fallen weg, wenn der indignus Verzeihung von Seiten des Teſtirers nachweiſet; §. 108. Eine ſolche Verzeihung kann aber natürlich nicht dann ſchon angenommen werden, wenn der Erblaſſer vor ſeinem Ableben eine Dispoſition nicht abändert, welche zu Gunſten der nachher unwürdig befundenen gemacht worden war. Auf den Fall 3. des §. 104. ſcheint die Beſtimmung des §. 108. gar nicht anwendbar; vgl. not. f. Uebrigens ſpricht §. 108. allgemein, läßt alſo auch den Beweis durch Eidesdelation zu, der aber gerade hier wenigſtens dann zu beſchränken geweſen wäre, wenn dem Gegner angemuthet wird, über etwas zu ſchwören, in Anſehung deſſen eigne Wiſſenſchaft ihm abgeht.

b) l. 7. §. 4. D. de bon. damnat. l. 3. D. de his, quae ut ind. auf. l. 10. C. eod. Stryck a. a. O. Diss. 12. c. 1. §. 10. sq. Chr. Traug. Koch D. de bonis hereditariis heredi occisori, tanquam indigno, eripiendis. Lips. 1778. Eiſenhardt Grundſ. des teutſchen R. in Sprichwörtern, Abth. III. n. 20. Blutige Hand nimmt kein Erbe. Hommel Obs. 640. Das Erbgeſetz ſpricht §. 104. n. 1. nur von vorſätzlicher Tödtung.

c) Ueber Anwendung dieſes Satzes auf das ehemals gültige ſtatutariſche Erbrecht der Ehegatten vgl. Berlich p. III. concl. 36. n. 10. Carpzov p. III. c. 26. def. 6. 7.

d) Carpzov P. IV. c. 11. d. 10. Stryck a. a. O. §. 16.

e) l. 9. §. 1. D. de his, quae ut ind., z. B. wenn er ihn eines Verbrechens wegen anklagt, l. 1. D. eod. Stryck a. a. O. §. 17. Dieſer Grund der Unwürdigkeit iſt, da er in dem Erbgeſetz nicht erwähnt wird, nach heutigem Recht in Wegfall zu bringen.

f) l. 1. et 2. D. l. 12. C. Si quis aliqu. test. prohib. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 56. Doch iſt ſolches nicht auf den Fall zu erſtrecken, wenn der Inteſtaterbe durch gütliche Vorſtellungen dem Erblaſſer die Errichtung eines Teſtaments widerrathen hat; l. ult. D. eod. Hofacker §. 1618. — Iſt der Erblaſſer zur Errichtung eines Teſtaments gezwungen worden, ſo iſt daſſelbe ſchon an ſich null und nichtig, §. 650. 725.; vgl. Erbg. §. 104. n. 2.,

welches als allgemein als zweiten Fall der Indignität anführt, wenn Jemand durch Zwang, d. h. wohl eine durch phyſiſche Gewalt oder Drohungen bewirkte Nöthigung, oder Betrug bewirkt hat, daß der Erblaſſer eine Dispoſition auf den Todesfall macht oder nicht macht; abändert oder nicht abändert. Hierbei entſteht die Frage, ob eine Verfügung, welche in Folge Zwangs oder Betrugs errichtet worden iſt, durch Verzeihung von Seiten des Gezwungenen ohne Weiteres gültig werde? Diejenigen, welche behaupten, daß ein in Folge Zwangs oder Betrugs errichteter letzter Wille dennoch dem ſtrengen Recht nach beſtehe (vgl. §. 645. b. not. a.), werden dies nicht beſtreiten; wohl aber die, welche wenigſtens nach heutigem Recht das Gegentheil, oder auch ſchon nach röm. Recht in einem ſolchen Fall exc. doli annehmen, a. l. 1. §. 8. D. unde lib. l. 4. §. 10. D. de doli mali exc.; vgl. Mühlenbruch Comm. XXXVIII. §. 1429. S. 323. ff. Dieſe werden mit Recht geltend machen, daß Verzeihung zwar die dem Teſtirer zugefügte Beleidigung aufheben, nicht aber eine ungültige Verfügung gültig machen könne (vgl. §. 902.). Als dritter Fall der Indignität wird in dem Erbg. hinzugefügt: wenn Jemand eine ſchriftliche, auf den Todesfall getroffene Verfügung des Erblaſſers, oder die über eine dergleichen mündliche Dispoſition von einem Richter oder Notar gefertigte Urkunde zum Nachtheil eines Dritten unterdrückt. Vorauszuſetzen iſt jeden Falls eine gültige Dispoſition, arg. der Worte zum Nachtheil eines Dritten; obwohl auch die ungültige Verfügung eines Erblaſſers edirt werden ſoll; vgl. §. 644. b. not. b. Eben ſo iſt wohl auch eine nach dem Ableben des Erblaſſers bewirkte oder fortgeſetzte Unterdrückung erforderlich; wobei denn freilich ein Wegfall der Folgen wegen Verzeihung nicht eintreten kann. Und da endlich die Unterdrückung einer ausgefertigten Urkunde nicht hindert, ſich eine andre ausfertigen zu laſſen, ſo muß wohl das Geſetz etwas beſchränkter von einer Unterdrückung interpretirt werden, welche zugleich dem Betheiligten die Möglichkeit entzieht, zu erfahren, ob überhaupt eine ſchriftliche Urkunde gefertigt worden ſey.

g) Vgl. G. Schneider de cl. testamenti personas honoratas ultimae voluntatis contravenientes relictis privante. Tubing. 1794. in deſſen s. I. 10. pag. 463. Breuning de clausula test., ne a test. volunt. reced. heredes. L. 1764. Kind I. qu. 62. Glück und Geiger Rechtsf. III. 36.; vgl. §. 793. not. y. Eine Art der privatoriſchen Clauſel in Bezug auf Notherben iſt die cautela Socini, vgl. §. 702. Daß übrigens auch h. z. T. noch clausula privatoria einem letzten Willen beigefügt werden könne, wenn gleich auch von ihr in dem Erbg. nicht die Rede iſt, unterliegt keinem Zweifel. Was die in der N. 1. cap. 2. dem dem Willen des Erblaſſers renitirenden Erben angedrohete poena priva-

tionis betrifft, ſo iſt auch dieſe in dem ſächſiſchen Erbgeſetz nicht erwähnt; vgl. §. 912. not. f.

§. 948.

4) Endlich wird auch derjenige, welcher das Teſtament des Erblaſſers als pflichtwidrig anficht, im Falle daſſelbe hernachmals durch richterlichen Ausſpruch für gültig erkannt wird, alles deſſen, was ihm in dieſem Teſtamente ausgeſetzt worden, als ein Unwürdiger für verluſtig erklärt [a]). Hingegen findet ſolches nicht Statt, α) wenn das Teſtament um deswillen, weil dabei die erforderlichen Solennitäten nicht beobachtet, oder der Erblaſſer durch Zwang oder argliſtige Ueberredung zu deſſen Errichtung vermocht worden, oder ſonſt aus irgend einem Grunde, welcher für den Teſtirer nicht beſchimpfend iſt, als ungültig und nichtig angefochten wird [b]); β) wenn derjenige, welcher das Teſtament als pflichtwidrig anficht, ſolches nicht in eignem, ſondern in Andrer Namen thut [c]); γ) wenn der Erbe zwar in eignem Namen die querelam inofficiosi anſtellt, aber noch vor beendigter Sache den Proceß wiederum liegen läßt [d]); δ) wenn der Erbe zur Anſtellung der Querel triftige Gründe hatte [e]).

a) l. 8. §. 14. D. de inoffic. test. l. 5. pr. D. de his, quae ut indign. Stryck a. a. O. §. 17. Wernher p. IX. obs. 161. Leyſer Sp. 398. m. 2. 3. Kind Quaest. for. T. I. c. 92. (62. ed. 2.); vgl. §. 794. not. 7. Glück VII. §. 559. S. 470. XXXV. §. 1421. e. S. 374. 391. Schweppe §. 966. Francke Notherbenrecht §. 23. 30. A. M. iſt jedoch nach der N. 115. Mühlenbruch Comm. XXXVII. §. 1428. S. 284. Iſt entweder gar keine Enterbungsurſache oder eine in den Geſetzen nicht anerkannte angeführt, ſo liegt nach der N. 115. ein Mangel in der Form des Teſtaments vor, und hier würde das eintreten, was in dem §. unter α. geſagt worden iſt. Wird dagegen über die Wahrheit der Enterbungsurſache geſtritten und der Streit gegen den Kläger entſchieden, ſo läßt ſich wenigſtens von dem Standpunkt des Corrections- und Inofficioſitätsſyſtems aus (§. 692. not. s. §. 709. not. b.), gar wohl vertheidigen, daß d. l. 8. §. 14. noch h. z. T. anwendbar ſey. Eine andere Frage iſt, ob ſelbſt mit dieſer Beſchränkung das angeführte Geſetz nach neuerm ſächſ. Recht noch anwendbar ſey? Da das Geſetz von einem Indignitätsfall ſpricht, der in dem Erbg. nicht erwähnt wird, ſo iſt dieſe Frage zu ver-

neinen. Glück VII. §. 559. S. 470. XXXV. §. 1421. e. Schweppe §. 966.

b) l. 88. §. 4. D. de legat. 2. l. 5. §. 1. D. de his, quae ut ind. Dan. Nettelbladt D. de eo, qui de jure disputavit, haud indigno; ad leg. 5. §. 1. et l. 24. D. de his, quae ut ind. Hal. 1765. Leyſer. sp. 398. m. 2. 3. Müller. ad L. obs. 619. Der Verluſt des Erbrechts würde in dieſem Falle ſelbſt dann nicht Statt finden, wenn der Teſtirer auch ſolches ausdrücklich verordnet hätte. Berger Oec. II. T. IV. 56. 4. Kind a. a. O. Daſſelbe gilt, wenn der Streit über den Sinn des Teſtaments oder den eigentlichen Willen des Erblaſſers geführt wird. Kind a. a. O. S. 418. Wird das Teſtament als falsum angefochten, ſo verliert ein Inteſtaterbe, welcher daſſelbe angefochten hat, jedoch durch Urthel und Recht abgewieſen worden iſt, nicht das Recht, daſſelbe Teſtament als jure non factum anzufechten, l. 47. D. de her. pet. Ein Teſtamentserbe wird zwar nicht leicht in den Fall kommen, ein Teſtament, in welchem er als Erbe eingeſetzt worden iſt, als falsum anzufechten. Allein denkbar iſt dies doch, und wenn es der Fall wäre, könnte wohl gefragt werden, ob ihm geſtattet ſey, auf den Grund dieſes Teſtaments die hereditatis petitio anzuſtellen? l. 8. C. de his, quae ut ind. ſcheint allerdings auch auf Erben bezogen werden zu können, und würde, wenn ſie wirklich in dieſer Maaße zu verſtehen wäre, für die verneinende Beantwortung der Frage nach gem. Recht ſprechen. Allein nach ſächſ. Recht entſteht auch hier wiederum die Frage: ob das Erbgeſ., das von dieſem Fall ebenfalls nicht ſpricht, etwas geändert habe? Allerdings wird in der angef. l. 8. C. auch dieſer Fall unter die Kategorie der Indignität ſubſumirt. Man kann jedoch wohl annehmen, daß der Grund, aus welchem hier der Anſpruch des Honorirten zurückgewieſen werden muß, nicht ein bloß poſitiver, ſondern in der Natur der Sache gegründeter iſt, nämlich, daß der, welcher ein Teſtament als falsum anficht, nicht bloß das Daſeyn einer gültigen Willenserklärung, ſondern das Daſeyn einer Willenserklärung überhaupt leugnet, alſo für ſein Geſuch eigentlich gar keinen Grund hat; wenn er nicht etwa auf einen entſchuldbaren Irrthum ſich zu berufen vermag. Indeß bewirkt die accusatio falsi, wenn ein Notherbe geklagt hat, keinesweges Verluſt des Pflichttheils; vgl. Breuning diss., an filius, qui test. patris falsum dixit, excludatur a port. legit., si non obtinuerit. L. 1770. Anders würde dies ſeyn, wenn die accusatio falsi als Indignitätsfall anzuſehen wäre; Erbg. §. 906. Ueber Legate vgl. §. 793. not. y.

c) l. 22. D. de his, quae ut ind. So z. B. wenn der Vormund im Namen ſeiner Mündel die querel. inofficiosi gegen das väterliche Teſtament anſtellt, wird er deſſen, was ihm darin ausgeſetzt worden, nicht verluſtig, dict. l. 22.

d) l. 8. §. 14. D. de inoffic. test. l. 13. §. 9. et 10. D. de jure fisci. Wernher P. I. Obs. 125. Daſſelbe gilt in dem Fall, wenn ein Teſtament als falsum angefochten worden iſt, d. l. 8. C. de his, quae ut ind.; vgl. §. 793. not. a.

e) Richter decis. 42. Kind a. a. O. Hofacker §. 1621.

§. 949.

Uebrigens iſt hierbei noch zu bemerken: 1) daß der letzte Wille des Erblaſſers, obſchon der eingeſetzte Erbe der Erbſchaft für unwürdig erklärt wird, doch in Anſehung aller übrigen darin enthaltenen Verordnungen vollkommen gültig und verbindlich bleibt [a]); 2) daß die durch Unwürdigkeit des Erben erledigte Erbportion heutiges Tages in keinem Falle mehr dem Fiscus anheim falle, ſondern den Miterben, oder den zunächſt folgenden Inteſtaterben zu Theil werde [b]).

a) l. 9. D. de Scto Silanian. l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. Si quis aliqu. test. proh. Hommel Obs. 643. n. 4.

b) Arg. Conſt. 26. p. III. Berger Oec. II. IV. 56. 3. Hommel Obs. 640. Müller. ad L. obs. 618. Leyſer ſelbſt sp. 398. m. 1. ſcheint zu ſchwanken. — Die Sätze sub 1 et 2. finden ſich nicht förmlich in dem Erbgeſetz ausgeſprochen; entſprechen aber doch wohl dem Sinne deſſelben, wenn es daſelbſt §. 103. heißt, die Erbfolge ſey ſo zu beſtimmen, als ſey der Unwürdige vor dem Erblaſſer verſtorben. Doch äußert dieſe Annahme nicht, wie in dem Fall des §. 111., eine nachtheilige Folge auf die Descendenten des Unwürdigen; vielmehr kommen dieſe wirklich und zwar ſo zur Succeſſion, daß ſelbſt wenn ſie noch in väterlicher Gewalt ſich befinden dem weggefallenen Vater weder Nießbrauch noch Verwaltung rückſichtlich des Erbtheils verbleibt. Erbg. §. 107. Natürlich iſt dieſe Dispoſition auf den Fall einer ab intestato deferirten Erbſchaft zu beſchränken. Uebrigens iſt als eine eigenthümliche Beſtimmung des Erbgeſetzes noch zu erwähnen, daß ein Notherbe, der des Erbrechts ſich unwürdig gemacht hat, auch den Anſpruch auf den Pflichttheil verliert; §. 106.

Fünfter Abſchnitt.

Von den aus dem Erbrechte entſpringenden Klagen.

Erſtes Capitel.

Von den petitoriſchen Klagen.

§. 950.

Der Erbe iſt vermöge des an der Erbſchaft ihm zuſtändigen dinglichen Rechts auch ſich in deren Beſitz zu ſetzen, mithin dieſelbe jedem unbefugten Beſitzer abzufordern, berechtigt. Die zu dem Ende anzuſtellende Klage wird die Erbſchaftsklage (hereditatis petitio) genannt [a]). Dieſe Klage kann ſowohl gegen den Beſitzer der ganzen Erbſchaft, als auch gegen denjenigen, welcher nur einen Theil der Erbſchaft widerrechtlicher Weiſe im Beſitze hat, angeſtellt werden (hereditatis petitio partiaria) [b]), und zwar nicht nur, wenn dieſer gar kein Erbrecht hat, ſondern auch in dem Falle, da er zwar Miterbe iſt, jedoch den Kläger nicht für ſeinen Miterben anerkennt, und ihm daher die Ausantwortung ſeines Erbtheils verweigert [c]). Wenn hingegen der Miterbe zwar das Erbrecht ſeines Miterben anerkennt, jedoch aber die Theilung der Erbſchaft unter nichtigem Vorwande verweigert, ſo muß letzterer die Erbſonderungsklage (actionem familiae erciscundae) anſtellen [d]).

a) Außer den Schriftſtellern, welche die Lehre von Klagen bearbeitet haben, und den Commentatoren über die tit. de hered. petit. in den Pandecten und dem Cod. (III. 31.) ſind zu erwähnen Scipio Gentilis de hered. petit. Altorf. 1591. in opusc. tom. VIII. A. Contius de her. pet. Paris. 1616. Leyſer sp. 94. 95. Weſtphal Comm. über die Geſetze von Vorleg. und Eröffn. der Teſtamente ꝛc., Rechten und Pflichten des Erben, auch deſſen poſſeſſoriſchen und petitoriſchen Rechtsmitteln. Lpzg. 1790. §. 348. ff. bis zu dem Ende. Glück Pand. VII. §. 562. ff. S. 491. ff., und dazu die Ergänzungen von C. F. v. Reinhardt Stuttg. 1835. II. 2. S. 353. ff. C. F. E. Braun observatt. de hered. petitione ejusque indole specimen. Lips. 1810. Schweppe §. 851. sqq. Mühlenbruch doctr. pand. §. 705. sqq. C. F. Fabricius Bemerk. über her. petit., pro herede usucap.

und interd. quor. bonor. im rhein. Muſ. IV. S. 165., vornehmlich aber Arndts Beiträge zu verſchiedenen Lehren des Civilrechts und Civilproceſſes. 1. Th. Bonn 1837. n. 1., in welchen manche ſinguläre Anſichten der unmittelbar vorher erwähnten Schrift geprüft und berichtigt werden.

b) Die angegebene Bezeichnung der hered. pet. parliaria bedarf einer Berichtigung. Es kommt nämlich nicht ſowohl darauf an, wie viel oder wie wenig von der Erbſchaft der Beklagte beſitze, ſondern ob der Kläger ein alleiniges Erbrecht oder nur das Recht eines Miterben in Anſpruch nimmt, l. 1. §. 1. D. si pars hered. pet. In dem erſten Fall findet immer die hered. petitio universalis Statt; der letztere Fall, wo immer nur der ideelle Theil des Erbrechts, welches der Kläger prätendirt, in Frage kommt, iſt eigentlich der der her. pel. parliaria; der Erbtheil, welcher mittelſt der her. pel. parl. gefordert wird, iſt übrigens nicht allemal ein beſtimmter, l. 1. §. 5. D. si pars hered.; wie in dem Fall, wenn ein posthumus als Miterbe concurrirt, der noch nicht geboren iſt; vgl. Handb. I. §. 53. und II. §. 897. not. h. Ferner, wenigſtens nach gem. Recht, wenn ungewiß iſt, ob die übrigen Miterben antreten werden, l. 2. D. ib. Der Grund iſt hier, weil durch das in den Fall des Nichtantritts Statt findende jus accrescendi die Erbtheile geändert werden können. Da dies jus accr. in Sachſen nur in beſchränkter Maaße noch gilt (§. 893.), ſo iſt nach ſächſ. Recht hier nicht immer ein Fall vorhanden, in welchem pars incerta Gegenſtand der her. pet. part. wird. Die hered. pet. part. auf einen beſtimmten Theil ſteht namentlich nach neuerm ſächſ. Recht den Ehegatten, wenn ſie mit Verwandten concurriren, die nicht über den 7. Grad der Seitenlinie dem Erblaſſer verwandt ſind, ingl. den §. 125. sqq. des Erbg., genannten Anſtalten zu; vgl. Erbg. §. 78. 127.

c) Wenn mehrere den Nachlaß beſitzen, ſo iſt als Regel anzunehmen, daß jeder Einzelne belangt werden muß, um dem Kläger ſeinen ideellen Theil zu gewähren, und daß die Klage gegen einen Einzelnen, der von der Erbſchaft gerade ſoviel beſitzt, als der ideelle Erbtheil des Klägers beträgt, nicht hinreicht. Dies gilt namentlich in dem Fall, wenn die mehrern Beſitzer, nicht als Erben beſitzen, l. 1. §. 2. D. si pars hered., aber auch, wenn die Mehrern als Erben beſitzen, l. 1. §. 4. l. 6. pr. ib. Nur in dem Fall, wenn von den mehrern Beſitzern einer oder einige als Erben, andre nicht als Miterben beſitzen, wird, um Weiterungen zu vermeiden, eine Ausnahme angenommen; diejenigen nämlich, welche als Miterben nicht mehr als den ihnen gebührenden Erbtheil in Beſitz haben, brauchen hier nicht belangt zu werden, l. 1. §. 3. ib.; vgl. Glück a. a. O. S. 4.

d) l. 1. §. 2. D. si pars hered.

§. 950 b.

Was das Forum, in welchem die einen Nachlaß betreffenden Klagen angeſtellt werden können, betrifft, ſo iſt es nicht unbeſtritten, ob es nach gemeinem und ſächſ. Recht ein ſogenanntes forum hereditatis gebe[a]). In der neueſten Zeit iſt jedoch in verſchiedenen Conventionen, welche von der ſächſ. Regierung mit mehrern auswärtigen Regierungen abgeſchloſſen worden ſind[b]), ein ſolches forum und ſogar in größerm Umfang, als man ehedem annahm, anerkannt worden. Als forum hereditatis gilt hiernach dasjenige, an welchem der Erblaſſer zur Zeit ſeines Wohnſitzes ſeinen weſentlichen Aufenthalt hatte[c]), und es können[d]) in demſelben angeſtellt werden: 1) Klagen, welche auf Anerkennung des Erbrechts, ingleichen auf Erfüllung oder Aufhebung teſtamentariſcher Verfügungen gerichtet ſind[e]); 2) Klagen, welche unter den Erben wegen Theilung oder Gewährleiſtung der Erbtheile entſtehen[f]). In beiden Fällen wird aber vorausgeſetzt, daß an dem Ort der anzuſtellenden Klage wenigſtens ein Theil des Nachlaſſes noch vorhanden ſey[g]). 3) Klagen der Erbſchaftsgläubiger und Legatare; inſofern dieſe nach den Landesgeſetzen in dem Gerichtsſtand der Erbſchaft angeſtellt werden können[h]).

a) vgl. J. C. Koch. de foro heredis. Giess. 1765. Wernher. p. 1. obs. 105. Berger. Oec. II. 4. §. 54. n. 12. IV. 4. 3. Glück Pand. VI. §. 510. b. S. 251. §. 519. S. 327. u. dagegen Bielitz über den Gerichtsſtand, §. 7. Die Stelle der E. P. O. IV. 2. kann nicht als Beweis für das Anerkenntniß des forum hereditatis gelten; denn ſie ſetzt jeden Falls ein ſchon begründetes forum voraus.

b) Conv. mit Preußen v. 30. Novbr. 1839. (GS. n. 93.) art. 25. 26.; etwas Aehnliches enthielt ſchon der Hauptconvent v. 28. Aug. 1819. art. 3. n. 4. (GS. n. 37.) mit Altenburg; v. 20. Jun. 1840. (GS. n. 51.) art. 25. 26.; u. die Conv. mit den Fürſtl. Reußiſchen Regierungen; v. 27. Oct. 1845. u. 22. September 1847.

c) art. 25. der Conv.; vgl. Erbgeſ. §. 122. Alſo iſt das forum hered. nicht auf hereditas jacens zu beſchränken; vgl. Zeitſc.. N. F. II. 16. S. 80.

d) Es bleibt den Inteſtaterben unbenommen, die Klage in dem perſönlichen Forum des Erben anzuſtellen, art. 26. in fin.

e) art. 26. n. 1. der Conv.

f) art. 26. n. 2. der Conv.

g) art. 26. n. 2. der Conv. J. W. VIII. 66.

h) art. n. 3. Unter Landesgeſetzen ſollen hier die Geſetze des Orts verſtanden werden, an welchem die Erbſchaft angefallen iſt; J. W. VII. 120.

A. Von der Erbſchaftsklage.

§. 951.

Wenn der Erbe gegen den Beſitzer der Erbſchaft auf deren Ausantwortung oder des ihm gebührenden Theils derſelben klagt, ſo gründet letzterer ſeinen Beſitz entweder auf ein vermöge eines Teſtaments ihm zuſtändiges Erbrecht, oder nicht. Iſt jenes der Fall, ſo muß der Kläger zugleich das Teſtament des Verſtorbenen anfechten, und dann wird dieſe Klage eine hereditatis petitio qualificata, im letztern Falle aber eine hereditatis petitio simplex, oder die Erbſchaftsklage in der engern Bedeutung genannt [a]).

a) Es läßt ſich in dieſem Fall ein remedium rescindens und ein Rechtsmittel, welches mit dem Wegfall des entgegenſtehenden letzten Willens begründet, und gewöhnlich remed. rescissorium genannt wird, unterſcheiden. Beide können getrennt, ſo natürlich, daß erſteres dem letztern vorhergeht, aber auch mit einander cumulirt, gebraucht werden. Was von Reſciſſion eines Teſtaments gilt, iſt auch auf Reſciſſion eines Erbvertrags anzuwenden. Uebrigens wird das Erbrecht, deſſen Gegenſtand die hered. petitio iſt, nicht immer durch förmliche Klage geltend gemacht. Statt der Klage kann es als exceptio vorgebracht werden, a. l. 8. §. 13. D. de inoff. test. Eben ſo in der Form einer Liquidation bei einem ad eruendos heredes eröffneten Edictalproceß; vgl. in Sachſen Mand. vom 13. Nobr. 1779. C. A. C. II. 1. S. 367. Kind I. qu. 84. Dieſe Edictalcitation tritt ein in dem Fall, wenn die Erben eines Verſtorbenen unbekannt ſind. Ob ſie auch dann noch von dem Richter verfügt werden könne, wenn Perſonen vorhanden ſind, welche als Verwandte den Nachlaß in Anſpruch nehmen, jedoch nicht als nächſte Verwandte ſich ausweiſen? war ehedem nicht unbeſtritten; vgl. Berger Oec. I. 4. 6. not. 11. Hommel obs. 106. Kind II. 84. Nach dem Erbg. §. 113. 120. 123. iſt dieſe Frage mit Unterſchied zu beantworten; vgl. §. 955. Die

Frage, ob nach eingeleitetem Edictalverfahren einem entferntern Verwandten der in Anſpruch genommene Nachlaß zugeſprochen werden könne, wenn ein näherer ſich nicht gemeldet hat, und hiernach präcludirt werden muß, iſt ſchon oben bejahend beantwortet worden.

§. 952.

AA. Von der hereditatis petitione simplici*). Man verſteht hierunter überhaupt diejenige Klage, welche der Erbe gegen den unbefugten Beſitzer[b]) der Erbſchaft oder eines Theils derſelben in der Abſicht anſtellt, daß er, der Kläger, für den rechtmäßigen Erben erklärt, Beklagtem hingegen, wenn er die Erbſchaft oder eine einzelne dahin gehörige Sache beſitzt, die Ausantwortung derſelben nebſt allen Zubehörungen und erhobenen Nutzungen derſelben auferlegt werde.

a) Beſitz, als Detention einer körperlichen Sache auf Seiten des Beklagten, iſt keine weſentliche Bedingung der her. pet., l. 13. §. 13. D. de her. pet. Sie findet vielmehr im Allgemeinen Statt, wenn der Gegner das Erbrecht des Klägers beſtreitet und zugleich eines Rechtes ſich anmaßt, das bloß dem Erben zukommt; denn ihr Zweck iſt zunächſt Anerkennung des Erbrechts, welche zu fordern man dann eine Veranlaſſung hat, wenn ein Andrer ein entgegengeſetztes Recht ſich anmaßt; vgl. Arndts a. a. O. §. 3. 4. Indeſſen behalten gleichwohl die römiſchen Rechtsgelehrten, um das Verhältniß des Beklagten im Allgemeinen zu bezeichnen, den Ausdruck possessio bei, und nennen den, welcher dem Recht des Erben entgegentritt, ohne körperlich eine zu dem Nachlaß gehörige Sache zu beſitzen, juris possessor, l. 13. §. 15. D. h. Dies vorausgeſetzt, kann die her. petit. auch gegen einen Schuldner der Erbſchaft angeſtellt werden, d. l. 13. §. 15. l. 14. l. 15. 16. pr., vorausgeſetzt, daß er 1) die Schuld als Erbſchaftsſchuld anerkennt, und 2) die Bezahlung derſelben an den als Erbe Auftretenden 3) dergeſtalt verweigert, daß er den Betrag für ſich behalten will. Ohne das Letztere fände gegen ihn keine hered. petit., ſondern die gewöhnliche Schuldklage Statt, bei welcher freilich der Kläger als Erbe ad caussam ſich legitimiren müßte, l. 42. D. h. Aber auch, wenn eigentlicher Beſitz entweder der ganzen Erbſchaft, oder einzelner dazu gehöriger Sachen, bei einem Andern als dem Erben ſich befindet, iſt es nicht bloß der wahre Beſitzer, welcher durch die her. petitio in Anſpruch genommen werden kann. Denn A) kann der belangt werden, welcher den Beſitz aufgegeben und dafür das Aequivalent erlangt, l. 16. §. 1. 2. D. h., oder doch

deshalb ein Klagrecht hat, l. 35. ib. Auch kann B) der belangt werden, welcher aus dem Beſitz der Erbſchaftsſachen gewaltſam entſetzt worden iſt; l. 16. §. 4. D. h. j. l. 17. pr. D. de acqu. vel om. poss. Endlich findet wie bei der rei vindicatio C) wegen dolus gegen einen Nichtbeſitzer die Erbſchaftsklage Statt, der dann als fictus possessor betrachtet wird; vgl. §. 607. Glück §. 565. S. 524. und die daſelbſt not. 83. 84. 85. angef. Schriften. Brauer diss. l. §. 7. 8. Arndts S. 68. G. A. Meissner de ficto possessore in foro hodierno meditationes. L. 1842. Die Erbſchaftsklage findet daher Statt: 1) gegen den, welcher für den Beſitzer ſich ausgegeben hat (liti se obtulit), und von dem Kläger für den Beſitzer gehalten worden iſt, l. 13. §. 13. l. 45. D. h.; 2) gegen den, welcher des Beſitzes zum Betrug des Erben ſich wieder entſchlagen hat, dolo possidere desiit, l. 13. §. 14. l. 25. §. 2. 8. 9. 10. D. h. j. l. 131. 157. §. 1. D. de R. I. Ein ſolcher fictus possessor iſt dem Kläger id quod interest zu gewähren verpflichtet, welches in dem Fall 2. natürlich in dem Werth der Sache beſtehet, deren Beſitz aufgegeben worden iſt, in welcher Beziehung auch jusjurandum in litem Statt findet. Daß durch den Empfang des Intereſſe von dem fictus possessor die Klage gegen den wahren Beſitzer nicht ausgeſchloſſen werde, obwohl, wenn in dem Proceß, gegen den fictus possessor der wahre Beſitzer intervenirt, jener befreit wird, d. l. 13. 25. j. 17. D. de R. V. Berger Oec. II. 4. 54. not. 5.; vgl. Glück a. a. O. S. 530. Ob und in wie weit eine ſogenannte quasi possessio (in dem Sinn des §. 437. not. b.) die Erbſchaftsklage begründe? ſ. Glück §. 566. S. 538. Dieſe Frage iſt zu unterſcheiden von einer andern: ob bei der restitutio hereditatis es einer beſondern rest. der einer Nachlaßſache zukommenden servitus bedürfe? Die letztere wird verneint l. 19. §. 3., obwohl l. 18. §. 2. entgegenzuſtehen ſcheint; vgl. Deinlin observ. miscell. cap. 1. an servitut. in hered. petit. veniant. Altorf. 1740. Benecke de vero hered. pet. objecto servitutes excludente. Giess. 1741.; vgl. §. 956. d. Was erſtere anlangt, ſo ſcheint es ausgemacht, daß gegen den, der an einer Erbſchaftsſache eine Servitut prätendirt, nie mit der her. petit. verfahren werden könne, da er kein Erbrecht in Anſpruch nimmt, l. 26. D. de S. P. h., mithin auch das Recht des Erben als Erben nicht beeinträchtigt. Wenn dagegen der Andre wegen einer Erbſchaftsſache eine servitus an der Sache eines Dritten behauptet, ſo iſt dies zwar allerdings eine gestio pro herede, mithin ein Eingriff in die Rechte des wahren Erben; allein in dem Fall, wenn eine servitus realis in Anſpruch genommen wird, muß in der Regel auch vorausgeſetzt werden, daß der Prätendent in dem Beſitz des praedium dominans ſich befinde, und die Erbſchaftsklage iſt ſchon durch den Beſitz eines zur Erb-

ſchaft gehörigen Grundſtücks begründet. Eine Anmaßung von Perſonalſervituten kann entweder gar nicht oder nur bei einem Zuſammentreffen mehrerer ſingulären Umſtände als eine die her. pet. begründende Beeinträchtigung der Erben gelten; jeden Falls wird eine serv. personalis vorausgeſetzt, die nicht dem Erblaſſer zuſtand und mit deſſen Ableben aufgehört haben würde. Endlich kann die Beſtreitung der einer Erbſchaftsſache zuſtändigen servitus allerdings als Beeinträchtigung des Erbrechts gelten, wenn der Beſitzer des praedium serviens eine durch die Succeſſion begründete Conſolidation behauptet. Uebrigens kann auch noch die Frage aufgeworfen werden, ob die bloße wörtliche Anmaßung eines Erbrechts, ohne Hinzutritt ſonſtiger Umſtände, die Erbſchaftsklage begründe? Inſofern die Erbſchaftsklage nicht nothwendig auf Reſtitution (§. 955.), ſondern zunächſt auf Anerkenntniß des Erbrechts geht, ſcheint der Bejahung dieſer Frage kaum etwas im Wege zu ſtehen; l. 9. D. de her. pet. ſpricht bloß von der Regel, und in l. 18. §. 1. D. h. wird in der That ein Fall vorausgeſetzt, in welchem der belangte Beklagte weder corporis noch juris possessor, wo er vielmehr erſt ſpäter in den Beſitz einer Erbſchaftsſache gelangt. Doch bleibt die Sache nach röm. Recht immer zweifelhaft; vgl. Arndts a. a. O. §. 3. Es könnte ſcheinen, als ob nach heutigem Recht in einem ſolchen Fall eine provocatio ex l. diffamari ausreiche; allein mit der Wirkung, daß nun der Diffamant vor allen Dingen ſein Erbrecht zu beweiſen habe, nur dann, wenn der Provocant im Beſitz der Erbſchaft ſeyn ſollte, da außerdem nur der wahre Erbe diffamirt erſcheint, der Provocant alſo ſich zuerſt als Erbe ausweiſen mußte.

b) l. 9. sqq. D. de her. pet.

§. 953.

Zur Anſtellung der Erbſchaftsklage wird demnach I. von Seiten des Klägers erfordert, 1) daß er wirklicher Erbe, entweder ex asse, oder zu einem Theile der Erbſchaft ſey [a]), ohne Unterſchied, er mag Teſtaments-, Inteſtats- [b]) oder Vertragserbe ſeyn [c]); der bloße Vermächtnißnehmer kann dieſe Klage nicht anſtellen; 2) daß er die Erbſchaft, oder den Theil derſelben, auf welchen er klagt, nicht ſchon als Erbe im Beſitze gehabt habe [d]).

a) l. 1. §. 1. D. Si pars heredit. petat.

b) l. 1. 2. 3. D. de heredit. petit. Auch dem mit einem Univerſalfideicommiſſar Bedachten ſteht zwar nicht gegen den Fiduciar, wohl aber nach der von dieſem bewirkten Reſtitution gegen den Dritten des Nachlaſſes ſich Anmaßenden die her. pet. zu; tit.

Dig. de fideicommissaria her. pet. Glück VIII. §. 574. Ueber die nach röm. Recht dem bonor. possessor zuſtändige hered. pet. possessoria tit. Dig. V. 5. Glück VIII. §. 573. Arndts a. a. O. S. 50. Ob auch der Fiscus ein Recht auf bona vacantia mittelſt der her. petitio geltend machen könne, iſt nach gem. Recht ſtreitig; vgl. §. 854. Arndts a. a. O. S. 59. Nach neuerm ſächſ. Recht würde dieſe Frage zu verneinen ſeyn; ſ. oben §. 854.

c) Stryck de success. ab intest. Diss. VIII. c. 5. §. 33. H. G. Bauer Erläut. d. 13. Deciſ. v. J. 1746. §. 24. Auch der Käufer einer Erbſchaft kann gegen den Beſitzer derſelben dieſe Klage anſtellen, l. 54. D. de hered. petit. Hofacker §. 1671. Glück VII. §. 563. S. 499.

d) Ausdrücklich iſt dies freilich nirgends geſagt; allein es ſcheint doch der Natur der Verhältniſſe und der Analogie der l. 16. §. 4. D. h. und interd. quorum bonor. gemäß, §. 3. I. de interd.; vgl. Fabricius a. a. O. S. 107. Nicht ganz derſelben Anſicht iſt jedoch Arndts a. a. O. S. 8.

§. 954.

II. Die Erbſchaftsklage wird gegen denjenigen angeſtellt, welcher die Rechte des Erben durch eine thätliche Anmaßung beeinträchtigt [a]), namentlich der Erbſchaft, oder eines Theils derſelben, oder auch nur einer einzelnen zur Erbſchaft gehörigen Sache ſich angemaßt hat [b]), und zum Grunde ſeines Beſitzes entweder ein ihm zuſtändiges Erbrecht vorwendet [c]), oder auch gar keinen Rechtsgrund ſeines Beſitzes, wenigſtens keinen ſolchen anzugeben weiß, welchen die Geſetze zur Erwerbung eines Beſitzes für gültig erkennen [d]). (§. 438.) Auch gegen denjenigen kann dieſe Klage angeſtellt werden, welcher die Erbſchaft oder einen Theil derſelben gekauft oder ſonſt titulo singulari erworben [e]); keinesweges aber gegen den, welcher bloß eine einzelne zur Erbſchaft gehörige Sache titulo singulari erworben hat; vielmehr muß in dem letztern Falle die Eigenthums- oder publicianiſche Klage angeſtellt werden [f]).

a) Vgl. not. a. zu dem vorhergehenden §. Inwiefern auch gegen den qui negotia hered. gessit, die her. petit. Statt habe? l. 16. §. 4. D. h.

b) l. 9. 10. D. de hered. pet. Inſofern von dem Beſitz der zur Erbſchaft gehörigen Sachen, oder einzelnen von ihnen die Rede

iſt, kommt nichts darauf an, ob der Beklagte vor oder nach dem Tode des Erblaſſers den Beſitz erworben hat. Die entgegengeſetzte Anſicht, und daß die römiſche her. pet. nur dann Statt gefunden habe, wenn der Beſitz nach dem Tode des Erblaſſers erlangt worden war, iſt es vornehmlich, welche von Fabricius a. a. O. vertheidigt wird. Man vergleiche aber dagegen die Bemerkungen von Arndts a. a. O. S. 1. ff. Auch das ſcheint nicht gerade nothwendig, daß der Erblaſſer überhaupt die Sache beſeſſen habe, wie Braun diss. l. §. 5. meint. Denn daß eine Sache, welche der Erblaſſer nicht beſeſſen hat, nicht res hereditaria genannt werden könne, iſt offenbar unrichtig, l. 20. pr. l. 27. §. 1. D. h.; vgl. Arndts §. 3. S. 28. Sintenis select. cap. jur. civ. Giess. 1840. n. 2.

c) d. l. 9. ibid. Ob der Beſitzer ſich für den Erben hält, oder nur ein Erbrecht vorſpiegelt, darauf kommt, ſo lange bloß von der Statthaftigkeit der Klage gegen den Beſitzer einer zur Erbſchaft gehörigen Sache, nicht von der Reſtitutionspflicht die Rede iſt, nichts an; vgl. l. 11. 12. D. h. Arndts §. 4. S. 35. Wer zu denen gehört, welche pro herede possident, darüber ſ. im Allgemeinen l. 20. §. 13. D. h. Inwiefern auch der, welcher die Erbſchaft als Fiduciarius reſtituirt hat, als possessor pro herede mit der Erbſchaftsklage belangt werden könne, darüber iſt l. 13. §. 2. 5. 6. l. 16. §. 6. D. h. zu vergleichen. Behält der Fiduciarius gar nichts zurück, ſo iſt er nur als fictus possessor ob dolum gehalten, wenn er die Ungültigkeit der fideicommiſſariſchen Dispoſition kannte und doch reſtituirte; behält er aber etwas von der Erbſchaft, wenn auch nur certam rem, oder fructus hered. zurück, ſo kann er als possessor hered. in Anſpruch genommen werden; nur kann, wenn das, was dem Fiduciar verblieben iſt, etwas Unbedeutendes beträgt, es rathſamer erſcheinen, mit der her. pet. gegen den, cui restituta est hereditas, ſich zu wenden, der ebenfalls pro herede beſitzt, ſ. l. 13. §. 5. 6. l. 20. §. 13. D. h. Hätte übrigens der Fiduciarius für die Reſtitution etwas nicht aus der Erbſchaft, ſondern anders woher erhalten, ſo würde er nicht als possessor pro herede anzuſehen ſeyn, d. l. 13. §. 6. Anders als bei dem Erben, welcher angewieſen worden iſt, die Erbſchaft um eine gewiſſe Summe zu verkaufen, d. l. 13. §. 5. Jedenfalls iſt der belangte Fiduciarius, wenn er nicht in dolo verſiret, inſofern melioris conditionis, als er in manchen Fällen durch Abtretung der Klagen gegen den Beſitzer ſich befreien kann, d. l. 16. §. 7. Ueber mutua hereditatis petitio vgl. Z. Huber, casus enucl. qu. 7.

d) l. 11. 12. 13. pr. l. 25. §. 3. D. h. t. Ueber die verkehrten Anſichten von Branchü obs. jur. rom. cap. 6. Hommel epistola de mirabili Ulpiani impostura. L. 1769. in deſſen Rha-

psod. obs. 675.; welche unter possessor den bonor. possessor verſtanden wiſſen wollten, vgl. Seeger quaest. forenses syll. II. c. 3. L. 1783. Thibaut im Arch. für civil. Pr. VII. 12. Braun diss. l. §. 6. u. a. daſ. not. a. angeführte; außerdem Glück §. 565. Arndts §. 3. S. 31. Praedo heißt der, welcher pro possessore beſitzt, dann, wenn er den Nachlaß beſitzt, ohne dafür ein Aequivalent geleiſtet zu haben, l. 13. §. 8. D. h. l. 126. D. de R. I. Eckardt hermeneut. jur. I. §. 206. und dazu Walch S. 428. J. Gothofred. comm. ad d. l. 126. D. de R. I. Aber auch der gilt für einen praedo, dem die Erbſchaft als indignus entriſſen werden kann, a. l. 46. D. h. l. 1. C. de his, quae ut ind. — Daß der, welcher nomine alterius beſitzt, auch hier durch nominatio autoris ſich befreien könne, ſ. l. 13. §. 12. D. h. Glück §. 565. S. 517. Uebrigens haftet ein praedo nur dem, welcher Erbrecht geltend macht, nicht einem Gläubiger der Erbſchaft; Hommel obs. 662.; vgl. jedoch Kind IV. qu. 36.

e) l. 13. §. 4. 8. 9. 10. D. de hered. pet. Daß gegen den Verkäufer die hered. pet. Statt finde, unterliegt keinem Zweifel, d. l. 13. §. 4. 5. l. 16. §. 1. 2. l. 35. D. ib. Gegen den Käufer aber hat nach römiſchen Rechtsbegriffen nur actio utilis Statt; vgl. Glück §. 565. S. 521. Reinhardt Erl. dazu S. 372. ff.

f) l. 2. l. 7. C. de petit. heredit. Denn wenn auch der Erbe gegen den, welcher eine einzelne zur Erbſchaft gehörige Sache gekauft, oder ſonſt titulo singulari erworben, ſein Erbrecht deducirt, ſo folgt doch hieraus noch keinesweges, daß die Sache, auf deren Ausantwortung er klagt, zur Erbſchaft gehört habe; ſondern der Erbe muß in dieſem Falle auch das Eigenthum ſeines Erblaſſers, und, daß ſolches nun titulo heredis auf ihn übergegangen, beweiſen, mithin rei vindicationem anſtellen. Hat aber Jemand eine ganze Erbſchaft (jus universum) oder eine partem quotam käuflich oder ſonſt titulo singulari an ſich gebracht, ſo iſt es ſchon genug, wenn der Erbe ſein Erbrecht auf dieſelbe darthut, weil hieraus ſchon von ſelbſt folgt, daß der Verkauf oder die Abtretung der Erbſchaft unbefugter Weiſe geſchehen, folglich findet in dieſem Falle die hereditatis petitio allerdings Statt. Vgl. Baſtineller de lite heredis cum possessore singulari. Viteb. 1727. §. 9. sqq. Cramer obs. jur. univ. III. 938. Glück §. 565. S. 517. Ob der, welcher eine von dem Erblaſſer hinterlaſſene Sache nicht unmittelbar aus der Erbſchaft, ſondern von einem Andern erworben hat, mit der hered. pet. in Anſpruch genommen werden könne? iſt nicht ganz außer Streit. Offenbar iſt die Frage zu verneinen, wenn der autor des Beſitzers ſelbſt nur titulo singulari erworben und beſeſſen hatte. Wenn aber dieſer autor pro herede oder pro possessore beſeſſen hatte, ſo nehmen die ältern, wie Baſtineller

diss. I. §. 14. und der von ihm angef. Titius ad Lauterbach obs. 185. an, daß hered. petitio Statt habe. A. M. iſt dagegen Arndts a. a. O. §. 4. S. 45. Nach der erſtern Anſicht ſcheint auch l. 13. §. 11. D. h., über welche zu vergleichen Cujac. IX. obs. 25. Huber Eunom. juris rom. ad d. l. S. 271. verſtändlich, ohne daß man mit A. Faber in Rational. ad d. l. ſtatt constat, non constat, zu leſen, oder die gezwungene Erklärung der Baſiliken, vgl. Reinhardt S. 381., anzunehmen hätte. Die Erben des Beſitzers pro herede oder pro possessore können nach dem angezogenen Geſetz, verglichen mit l. 13. §. 3. D. h., ebenfalls mit der her. petit. in Anſpruch genommen werden, natürlich aber nur inſofern, als ſie ſelbſt für Beſitzer zu achten ſind; wobei nichts darauf ankommt, ob ſie den Titel ihres Erblaſſers kannten oder nicht, und das Erbrecht des Klägers beſtreiten; vgl. Arndts §. 3. S. 48. Mehrere Erben eines bereits Verklagten haften zunächſt nur für das, was von der reclamirten Erbſchaft an ſie gelangt iſt; vgl. l. 9. D. si pars hered. (vgl. Weſtphal §. 518. Reinhardt S. 465.) Elvers juriſt. Zeit. Jahrg. I. n. 103. — Nach allem dem, was bis jetzt über den Beklagten bei der Erbſchaftsklage geſagt worden iſt, mußte namentlich nach römiſchem Recht dem Kläger viel daran liegen, zu erfahren, quo titulo der, welcher Erbſchaftsſachen detinirt, beſitze; ob titulo singulari, oder nicht, und im letztern Fall ob pro herede oder possessore. Im Allgemeinen ſchon des Beweiſes wegen. Denn wenn der Beklagte titulo singulari beſitzt, muß gegen denſelben das dem Erblaſſer zuſtändig geweſene Eigenthum erwieſen werden. Beweis des Erbrechts kommt hier nur als legitimatio ad caussam vor. In dem entgegengeſetzten Fall hat der Kläger außer dem Erbrecht nur zu beweiſen, daß die fraglichen Sachen zu der Erbſchaft gehören, namentlich von dem Erblaſſer beſeſſen worden ſind; und der Beweis des Erbrechts ſelbſt iſt in dieſem Fall leichter gegen den, welcher ſelbſt kein Erbrecht in Anſpruch nimmt, zu führen, als gegen den, qui pro herede possidet, vgl. §. 955. not. b. Das römiſche Recht erkennt auch in dieſer Beziehung ausdrücklich eine Ausnahme von der Regel an, daß der Beſitzer den Titel ſeines Beſitzes nicht anzugeben brauche, l. 11. C. de pet. her. Der Beſitzer muß nämlich anzeigen, ob er pro herede oder pro possessore beſitze. Daß er es auch anzeigen müſſe, wenn er titulo singulari beſitzt, iſt zwar nicht ausdrücklich geſagt, folgt aber aus dem Geſagten von ſelbſt; nur daß der Beklagte nicht auch den ſpeciellen Rechtsgrund, aus welchem er jure singulari beſitzt, anzuzeigen gehalten iſt; vgl. Glück S. 519. Braun §. 6. Dem Kläger ſteht in dieſer Hinſicht eine interrogatio in jure zu, l. 9. §. 5. 6. D. interr. in jure fac. Glück a. a. O. und XI. §. 745. S. 240. Daß mit der her. pet. die Klage eventualiter

für den Fall, wenn der Beklagte einen titulum singularem des Beſitzes der in Frage ſtehenden Sache vorwenden ſollte, auch die Klage, durch welche abgeſehen von dem Erbrecht, dieſe einzelne Sache zurückgefordert wird, z. B. rei vindicatio, actio pignoratitia directa etc., cumulirt werden könne, iſt wenigſtens nach neuerm Recht nicht zu bezweifeln; nur muß dann aber auch die cumulirte Klage für ſich hinreichend begründet ſeyn, damit ſie nicht, wie in dem Fall bei Baſtineller diss. l. §. 15. in der angebrachten Maße zurückgewieſen werde; vgl. Leyſer sp. 94. m. 2. Müller. ad L. obs. 235. Daher iſt denn auch h. z. T. nicht abſolut nöthig, daß der Beſitzer den titulus possessionis angebe. L. C. Schröter diss. num a reo hered. pet. conveniendo adhuc hodie editio tituli petatur. Herborn. 1753. habe ich nicht vergleichen können.

§. 955.

III. Der Zweck der Klage geht im Allgemeinen dahin, daß der Kläger für den Erben erklärt werde [a]). Um dieſen Zweck zu erreichen, hat der Kläger zu beweiſen, daß er Erbe ſey [b]). Dies zu bewirken, wird erfordert, daß der Kläger α) zuvörderſt das wirklich erfolgte, oder doch juriſtiſch anzunehmende Ableben des Erblaſſers [c]), nächſtdem β) den Grund ſeines Erbrechts, daß nämlich daſſelbe auf Vertrag, Teſtament, oder das Geſetz ſich gründe [d]), darthue. Wenn aber der Beklagte als Beſitzer der Erbſchaft oder eines Theils derſelben, oder einzelner dazu gehöriger Gegenſtände in Anſpruch genommen wird, ſo kann auch die Ausantwortung deſſen, was der Gegner beſitzt, gefordert werden [e]). In dieſem Fall iſt aber auch der auf Seiten des Beklagten Statt findende Beſitz zu beweiſen [f]), deſſen Widerrechtlichkeit, ſobald das Erbrecht erwieſen iſt, von ſelbſt folgt [g]).

a) In dieſer Beziehung iſt hereditas nicht objective für Erbſchaftsmaſſe, ſondern subjective für Erbrecht zu nehmen, l. 1. §. 1. D. de rer. divis. l. 24. D. de V. S. l. 62. D. de R. I.; vgl. auch l. 19. in fin. D. de inoff. test. l. 4. C. in quib. c. cess. longi temp. pr. l. 5. 9. C. commun. de success. l. 2. C. unde legit. Arndts §. 2. S. 20. §. 6. S. 60.

b) Dies iſt Gegenſtand des förmlichen Beweiſes, nicht als legitimatio ad caussam, wie in Fällen, bei denen das Erbrecht incidenter zur Frage kommt, anzuſehen.

c) Vgl. Th. I. §. 64. ff. Man nimmt übrigens auch den, von deſſen Leben nichts bekannt iſt, für todt an, wenn er das höchſte Ziel des menſchlichen Lebens erreicht haben würde. Dafür ſoll nach gem. Recht das Alter von 100 Jahren gelten, l. 56. D. de usufr. l. 23. C. de SS. Eccl. So zweifelhaft indeß auch das Letztere iſt, vgl. Kind diss. success. in bona absent. (in deſſen opusc. n. 6. S. 189.) §. 8. 9., ſo iſt doch das ſächſ. Erbgeſetz auf die Idee eingegangen, daß in Succeſſionsfällen eine äußerſte Grenze des menſchlichen Lebens wenigſtens mit den Wirkungen einer Präſumtion anzunehmen ſey; und dieſe iſt das 90. Jahr des Alters; Erbg. §. 118.; vgl. Gottschalk. disc. III. 35. Freilich iſt an dieſer Stelle von Leben und Tod nicht des Erblaſſers, ſondern der Perſonen, welche bei der Succeſſion der Verwandten zwiſchen jenem und den aufgetretenen Erbprätendenten in der Mitte ſtehen, die Rede. Allein ein erhebliches Bedenken, daſſelbe auch in dem Fall gelten zu laſſen, wenn von Leben oder Tod des Erblaſſers die Rede iſt, giebt es nicht, am wenigſten dann, wenn man anerkennt, daß es hier nur um eine den Beweis des Gegentheils nicht ausſchließende praesumtio ſich handele. Wenn übrigens nicht der unmittelbare Erbe des Erblaſſers, ſondern der Erbe deſſelben klagt, ſo reicht es natürlich nicht hin, den Tod des erſten Erblaſſers zu beweiſen, ſondern es muß auch bewieſen werden, daß derſelbe vor dem Erben verſtorben, dieſem mithin die Erbſchaft deferirt worden ſey. Ueber den Fall der commorientes vgl. den angezogenen §. 64.

d) Was die teſtamentariſche Erbfolge betrifft, vgl. Erbg. §. 119. Wer auf eine ſchriftliche Dispoſition des Erblaſſers ſich gründet, muß dieſe beibringen, und wenn er ſie nicht beſitzt, nach Befinden deshalb interd. de tabulis exhibendis anſtellen, vgl. §. 644. b. Schweppe §. 804. 805. Ueber den Beweis eines mündlichen Teſtaments vgl. §. 668. und daſ. beſ. not. d. Iſt die Rede von der geſetzlichen Erbfolge, ſo gnügt es nicht, wie Leyſer sp. 98. m. 8. meint, nur überhaupt Verwandtſchaft zu beweiſen und abzuwarten, ob der Gegner eine nähere Verwandtſchaft beweiſen werde. Nach gemeinem und älterm ſächſ. Recht reichte der bloße Beweis der Verwandtſchaft nur dann hin, wenn gegen einen Nichtverwandten auf Ausantwortung der Erbſchaft oder einer dazu gehörigen Sache geklagt war, obwohl auch gegen dieſe Anſicht Thibaut im Arch. für civ. Pr. VII. 12. manche Bedenken vorbringt; dagegen mußte, wenn der Beklagte ſelbſt ein Verwandter war, der Kläger beweiſen, daß er näherer Verwandter ſey, Berger Oec. II. 4. 54. not. 2.; vgl. Glück §. 563. und die daſ. not. 37. angef. Rechtslehrer, Braun diss. l. §. 6. Von dieſer auch von dem verſtorbenen Verfaſſer gebilligten Anſicht weicht das Erbg. §. 113—119. in mehr als einer Hinſicht ab. Das Geſetz ſpricht allerdings §. 113. nur von dem Fall, wenn Herausgabe

einer Erbſchaft oder eines Erbtheils gefordert wird, oder, §. 121., von Fällen, in welchen die legitimatio ad caussam zur Sprache kommt. Allein man muß wohl die Beſtimmung des §. 113. für anwendbar in allen Fällen, in denen überhaupt her. petitio ſtatthaft iſt, annehmen. Nach dieſer Beſtimmung iſt 1) unbedingt und ohne Unterſchied, ob gegen einen extraneus oder einen andern Verwandten geklagt wird, nicht bloß die Verwandtſchaft überhaupt, ſondern auch der Umſtand zu beweiſen, daß Perſonen, durch deren Exiſtenz die des Erbprätendenten oder des Erblaſſers oder Beider bedingt iſt, dem erhobenen Anſpruch nicht entgegenſtehen; Erbg. §. 113. Dagegen bedarf es in Anſehung andrer Perſonen, bei welchen jene Vorausſetzung nicht eintritt, wenn ſie auch dem Erblaſſer gleich nahe oder näher verwandt ſeyn können, eines ſolchen Beweiſes nicht, §. 115., den Fall ausgenommen, wenn erwieſen oder zugeſtanden iſt, daß dergleichen Perſonen exiſtirt haben, §. 117. Aber auch in Fällen, in denen der erwähnte Beweis erforderlich iſt, bedarf es deſſelben nicht, wenn nachgewieſen wird, daß ſeit der Geburt ſolcher Perſonen 90 Jahre verfloſſen ſind. Wer zu Perſonen der einen oder andern Art unter den Verwandten gehöre oder nicht? das lehrt §. 114. 116. n. 1—4.; und es iſt dabei nur zu bemerken, daß ein Adſcendent, welcher die Erbſchaft in Anſpruch nimmt, nach n. 4. den erforderlichen Beweis in Beziehung auf Adſcendenten, die näher, oder auch in gleichem Grad mit ihm verwandt ſind, zu führen, d. h. zu beweiſen hat, daß weder nähere noch gleich nahe Adſcendenten concurriren. Ehegatten, welche auf die geſetzliche Erbfolge Anſpruch machen, bedürfen eines Beweiſes nur dann, wenn ſie den g a n z e n Nachlaß des Ehegatten in Anſpruch nehmen; aber auch dann brauchen ſie nicht mehr als den Wegfall der ſucceſſionsfähigen Adſcendenten des Erblaſſers zu beweiſen, §. 114. j. §. 116. n. 5. 2) Der Beklagte, welcher ein gleich nahes oder näheres Verhältniß zu dem Erblaſſer (worunter doch wohl nur verwandtſchaftliche Verhältniſſe zu verſtehen ſind) behauptet, muß daſſelbe beweiſen. Hier alſo doch eine Annäherung an die Meinung von L e y ſ e r. Was hier von dem Beweis wider den Gegner geſagt worden iſt, das gilt auch von dem Beweis, der dem Richter, welcher den Nachlaß in Verwahrung hat, Behufs der geſuchten Ausantwortung des Nachlaſſes, darzubringen iſt. Und hiernach iſt denn auch die bereits oben §. 951. not. a. berührte Frage zu beantworten, ob und in wieweit der Richter Edictalien wegen unbekannter geſetzlicher Erben erlaſſen könne? §. 120. Auf dieſelbe Weiſe iſt der Beweis des Erbrechts zu führen, wenn nicht von der ganzen Erbſchaft, ſondern von der Ausübung eines einzelnen Rechts des Erben, alſo von der legitimatio ad caussam, die Rede iſt, §. 121. Iſt der Beweis auf dieſe Weiſe geführt, ſo iſt der, welcher dem aufgetretenen Erbprätendenten

die Erbſchaft ausgeantwortet, oder ein Erbrecht eingeräumt hat, von allen Anſprüchen Dritter, welche daſſelbe in Anſpruch nehmen könnten, frei; in dem entgegengeſetzten Fall würde er, wenn auch nicht unbedingt zum Erſatz gehalten, doch einem diesfallſigen Anſpruch ausgeſetzt bleiben, und dann wenigſtens ſein Verfahren durch beſondere Entſchuldigungsgründe zu rechtfertigen haben. In allen Fällen bleibt aber der gehalten, welcher wiſſentlich, daß ein näherer Erbberechtigter exiſtirt, einem andern Prätendenten die Erbſchaft ausgeantwortet oder ein Erbrecht eingeräumt hat, §. 123. Iſt endlich der Nachweis des Erbrechts dem competenten Richter bereits geſchehen, ſo kann der Beweis des Erbrechts durch ein gerichtliches Atteſt geführt werden. In dem Fall, in welchem auf den Grund des Erbrechts nur ein einzelnes Recht in Anſpruch genommen wird, iſt allemal ein Atteſt des competenten Richters beizubringen, welches beſagt, daß bei ihm, außer dem genannten Prätendenten, Niemand als Erbe ſich gemeldet habe, oder als gleich naher oder näherer Erbe bekannt ſey, §. 121. Der competente Richter iſt nach §. 122. der Richter, welchem der Erblaſſer in perſönlichen Rechtsſachen unterworfen war, oder auch der, welcher zu Regulirung des Nachlaſſes Auftrag erhalten hatte; bei Militairperſonen entſcheidet nicht mehr, wie in dem Erbg. l. l. angenommen wird, das Kriegsgerichts-Reglement vom 23. Jan. 1789. (C. A. C. II. 1. S. 1291.) Abſchn. 3. §. 5. und das Erläut.-Mand. v. 9. Januar 1826. GS. St. 3. n. 4., ſondern das Geſetz über privilegirte Gerichtsſtände v. 28. Januar 1835. GS. n. 19. S. 75. §. 36. n. 4. Demnach iſt in der Regel nur das Civilgericht und zwar, was den Nachlaß der Officiere betrifft, das Gericht des Garniſonorts, in Anſehung des Nachlaſſes der Unterofficiere und Gemeinen aber zunächſt das Gericht des Wohnorts des Vaters des Verſtorbenen, ſodann das Gericht des Heimathsorts, und endlich in subsidium das Gericht des Garniſonorts competent. Doch können die Kriegsgerichte den Mobiliarnachlaß verſiegeln und inventiren, auch den Erben, wenn über deſſen Legitimation kein Zweifel vorwaltet, ausantworten; alſo darüber wohl auch ein Atteſt ertheilen, welches, wenn keine andre Behörde bei Regulirung des Nachlaſſes concurrirt hat, ausreicht.

Was in Vorſtehendem über den Beweis bei der hered. petit. geſagt worden iſt, das leidet einige Modificationen, wenn der Kläger als heres substitutus, fideicommissarius, oder als emtor hereditatis auftritt. Der erſtere hat den Wegfall des heres primi gradus, der zweite die erfolgte Reſtitution, der dritte den abgeſchloſſenen Kauf nachzuweiſen. Letzteres iſt aber in der Regel bloß als leg. ad caussam anzuſehen.

Der Fall, daß ein und derſelbe Kläger die her. pet. zugleich auf mehrere Gründe des Erbrechts, z. B. auf successio a testato ab

intestato ſtützen konnte, iſt nach gem. Recht juriſtiſch nicht recht denkbar, da, ſo lange ex testamento ſuccedirt werden kann, die successio ab intestato nicht eintritt. Allein eine wenigſtens eventuelle Cumulation beider Gründe des Erbrechts ſcheint in dem Fall, wenn ein Inteſtaterbe in dem Teſtament eingeſetzt worden iſt, nach heutigem Recht vollkommen zuläſſig; vgl. Braun diss. I. §. 4. Nach neuerm ſächſ. Recht wäre in einem ſolchen Fall nach §. 3. des Erbg. auch unbedingte Cumulation als zuläſſig denkbar.

e) l. 10. §. 1. D. de her. pet.

f) l. 9. 10. pr. l. 18. §. 1. D. l. 7. C. h. j. l. 27. §. 1. D. de R. V. Braun §. 5.

g) Berger Oec. II. 4. 54. 2. Leyſer sp. 94. m. 4. sqq. Die Widerrechtlichkeit des Beſitzes pro herede folgt allerdings von ſelbſt; auch iſt wohl klar, daß der, welcher pro possessore beſitzt, gegen den Anſpruch des wahren Erben ſich nicht ſchützen könne. Deſſenungeachtet kann aber aus andern Gründen ein Beſitz einzelner Erbſchaftsſachen auf Seiten des Beklagten fortbeſtehen. Man denke nur an den Fall, wenn derſelbe die beſeſſene Sache von dem Erblaſſer als Pfand empfangen oder erpachtet hätte. Denn dadurch, daß er die Sache nicht mehr pro herede oder pro possessore beſitzt, hört das Recht, dieſelbe als verpfändet oder erpachtet zu detiniren, nicht auf. Der Beſitzer kann vielmehr die Sache retiniren, bis die Schuld bezahlt, oder die Pachtzeit abgelaufen iſt. Mit gleichem Recht wird auch der, welcher die Sache ex deposito, commodato, mandato empfangen hatte, ſelbige wegen gehabten Aufwandes retiniren, weil dadurch, daß der, welcher durch her. petit. belangt worden war, in dem Proceß über die Erbſchaftsklage unterliegt, ſeine Lage ſonſt nicht verändert; vgl. l. 16. pr. D. de her. petit.; obwohl, wenn während des Proceſſes die Schuld fällig und klagbar geworden iſt, nichts hindert, die condemnatoria auch in dieſer Beziehung auszuſprechen, d. l. 16.

§. 956 a.

IV. Die Wirkungen der angeſtellten und durchgeführten hered. petit. äußern ſich A) im Allgemeinen darin, daß der Kläger dem Beklagten und allen denen, welche von dieſem caussam haben, gegenüber als Erbe angeſehen wird [a]). B) Beſondere Wirkungen treten aber dann, wenn der Beklagte in dem Beſitz der in Anſpruch genommenen Erbſchaft oder einzelner dahin gehöriger Sachen ſich befindet, in Beziehung auf die Reſtitutionspflicht ein [b]). Hierbei iſt vor allem die Unterſcheidung zwiſchen bonae fidei und malae fidei possessor von Wichtigkeit [c]), wobei aber

ſogleich zu bemerken iſt, daß von Zeit der Litisconteſtation oder nach neuerm Recht, der erhobenen Klage, jeder Beſitzer als malae fidei possessor behandelt wird [d]). In Beziehung auf dieſe Unterſcheidung iſt nun als leitendes Princip zu bemerken, daß zwar keiner, weder der b. f. noch der m. f. possessor, ein lucrum aus der Erbſchaft behalten [e]), daß aber insbeſondere der b. f. poss. wegen deſſen, was er während der Zeit ſeines Beſitzes gethan oder unterlaſſen hat, keinen Nachtheil leiden ſoll [f]), wogegen der m. f. poss. ohne ſolche Rückſicht verhaftet bleibt [g]). Aus dieſem Princip iſt die Beſtimmung abzuleiten, 1) daß der b. f. poss. nur das zu reſtituiren hat, was in der Erbſchaft vorhanden iſt [h]), in Anſehung des von der Erbſchaft Hinweggekommenen aber nur inſofern verhaftet bleibt, als er dadurch locupletior geworden iſt [i]), wobei denn der Moment der eingetretenen Rechtskraft in Betracht kommt [k]); der m. f. poss. aber für jeden Verluſt haftet, welchen während ſeines Beſitzes der Nachlaß erlitten hat [l]); 2) daß nicht der b. f. poss., wohl aber der m. f. poss. für culpa und ſelbſt für casus haftet [m]).

a) Da res judicata nur unter den ſtreitenden Theilen wirkſam iſt, l. 63. D. de re jud., ſo bleibt freilich auch der Kläger, welcher ſein Erbrecht gegen einen beſtimmten Beklagten durchgeführt hat, den Anſprüchen eines Dritten, welcher mit Erbanſprüchen hervortritt, ausgeſetzt. Hingegen iſt der Beklagte, welcher den Kläger in Gemäßheit der rechtskräftigen Entſcheidung als Erben anerkannt und demſelben den Nachlaß oder einzelne dahin gehörige Gegenſtände ausgeantwortet hat, von allem Anſpruch dritter Perſonen frei. Erbg. §. 123.

b) Wäre der Beklagte gar nicht in Beſitz, z. B. ein Schuldner, welcher das Erbrecht beſtreitet, vgl. §. 952. not. a., ſo würde von dieſen Wirkungen der her. petit. natürlich nicht die Rede ſeyn können. Dagegen haftet der fictus possessor, wie der wahre Beſitzer, nur daß er natürlich nicht die Erbſchaft ſelbſt oder einzelne dahin gehörige Gegenſtände gewährt, l. 25. §. 8. 9. l. 45. D. de her. pet. In dem Folgenden iſt nun namentlich von dem Fall die Rede, wenn der Beklagte die ganze Erbſchaft, oder einen Complex mehrerer dahin gehöriger Gegenſtände beſitzt. Die Anwendung auf den Fall, wenn der Beklagte einzelne Sachen pro herede oder pro possessore beſeſſen hat, wird leicht zu machen ſeyn.

c) F. W. Schlegel. de discrimine inter bonae fidei et malae fidei possessor. quoque effectu secundum juris Romani principia. Havniae 1791. Glück §. 667. Braun diss. I. §. 13.

d) l. 20. §. 6. 11. l. 25. §. 7. l. 31. §. 3. l. 40. D. l. 2. C. de her. pet.; dec. 2. v. J. 1746. C. C. Hasse de litis contest., an et quat. b. f. poss. per eam in m. f. const. Götting. 1780. Kind III. 88. Braun §. 11.; vgl. §. 556. not. c. Indeſſen kann auch für den, welcher pro herede beſitzt (denn der, welcher pro possessore beſitzt, iſt gleich anfangs in mala fide), ſchon früher mala fides eintreten, wenn derſelbe früher von dem Ungrund ſeines prätendirten Erbrechts überzeugt wird, d. l. 20. §. 11. l. 25. §. 5., wobei nur zu bemerken iſt, daß ein error in jure nicht hinreicht, um malam fidem zu begründen, d. l. 25. §. 6. Der Moment der erhobenen Klage gilt aber allgemein als der Zeitpunkt, mit welchem mala fides eintritt. Die Wirkung der superveniens mala fides kann indeß auf keine Weiſe dahin gedeutet werden, daß der Beſitzer nun auch für die vergangene Zeit als m. fid. poss. behandelt werde; denn hiermit würde namentlich nach angeſtellter Klage jeder Unterſchied zwiſchen dem b. f. und m. f. possessor aufgehoben werden; vielmehr äußern ſich die Wirkungen der superveniens m. fides nur für die Zukunft. Von dem Augenblicke an, mit welchem der Beſitzer von dem beſſern Recht des Klägers Kenntniß erhält, oder gerichtlich in Anſpruch genommen wird, darf er die in ſeinem Beſitz befindliche Erbſchaft nicht mehr als etwas ihm Zugehöriges betrachten; er muß ſie vielmehr, wenn nicht als eine fremde Sache, doch als eine ſolche behandeln, auf welche ein Anderer Anſpruch machen kann. Dieſen Anſpruch muß er achten, er darf daher nicht wie vorher, als er noch keinen ſolchen Anſpruch kannte, l. 25. §. 11. D. h., willkürlich darüber verfügen; er hat daher auch diligentiam zu gewähren; l. 31. §. 3. D. l. 1. §. 1. C. h. Die durch erhobene Klage begründete mala fides macht übrigens nicht ohne Weiteres zur Haftung für zufälligen Schaden verbindlich, wie das bei dem praedo oder auch bei dem, der die gewiſſe Ueberzeugung von dem beſſern Recht des Andern erhalten hat, der Fall ſeyn würde, l. 40. D. de her. pet.; vgl. Glück a. a. O. S. 546. gegen die verſchiedenen Anſichten von Bynckershök, Leyſer und Brockes. v. Hartitzſch n. LXII.

e) l. 28. 55. D. de her. pet.

f) l. 25. §. 11. D. de her. pet.

g) l. 20. §. 6. l. 25. §. 2. sqq. D. de her. pet.

h) l. 10. §. 1. l. 13. §. 11. l. 18. §. 2. l. 19. pr. D. l. 2. C. h. Braun diss. I. §. 16. 17. Was, während der Beklagte bona fide beſaß, von der Erbſchaft weggekommen iſt, hat derſelbe nicht in natura anzuſchaffen, es mag die Sache untergegangen, l. 40.

pr. D. ib., veräußert oder conſumirt worden ſeyn, l. 25. §. 1. 11. 16. D. ib.; vgl. über die beiden letztern §§. des angeführten Geſetzes Glück a. a. O. §. 568. S. 11. Reinhardt Ergänz. S. 420. Um anzunehmen, daß durch Verwendung die Erbſchaft vermindert worden ſey, muß 1) etwas zur Erbſchaft Gehöriges verwendet worden ſeyn; wer etwas für ſich aus dem eignen Vermögen, oder aus einem aufgenommenen Darlehn, ſelbſt wenn er dies mit Rückſicht auf die Erbſchaft gethan oder dafür eine Erbſchaftsſache verpfändet hätte, aufgewendet hat, kann den Abgang nicht etwa aus der Erbſchaftsmaſſe decken, und nun behaupten, daß die letztere vermindert ſey; d. l. 25. §. 12. 13. 14. Wäre aber auch wirklich eine Erbſchaftsſache verwendet worden, ſo iſt 2) erforderlich, daß nicht etwa dadurch bloß gewöhnliche Ausgaben, welche der Beſitzer auch ohne die Erbſchaft gemacht hätte, gedeckt worden ſeyen, d. l. 25. §. 16. Wenn auf dieſe Weiſe der ganze Nachlaß conſumirt worden iſt, ſo haftet dennoch der bonae fidei poss. her. für nichts; d. l. 25. §. 15. Eine Anwendung auf den Fall, wenn der Beſitzer Miterbe war, jedoch für alleinigen Erben ſich haltend, den ihm eigentlich gebührenden Erbtheil (in dem angenommenen Fall dimidia pars) verwendet hatte, d. l. 25. §. 15.; vgl. A. Faber conject. XVIII. 2. und gegen deſſen Anſichten Glück VIII. §. 572. S. 11. Reinhardt S. 421. Die Entſcheidung fällt dahin aus, daß in dem angenommenen Fall wenigſtens die Hälfte herausgegeben werden müſſe. Allgemeiner würde der Satz ſo ausgedrückt werden müſſen, daß das Conſumirte nur pro rata des gebührenden Erbtheils abgeht.

i) d. l. 20. §. 6. l. 25. §. 11. 15. l. 40. §. 1. D. l. 1. §. 1. C. h. Für locupletior gilt namentlich der, welcher für das aus der Erbſchaft Veräußerte ein Aequivalent empfangen hat, d. l. 25. §. 11.; wobei denn bloß der Betrag des Aequivalents in Betracht kommt, d. l. 25. §. 1. Ferner der, welcher, wenn er gleich nicht beſitzt, doch eine Klage hat, l. 16. §. 4. l. 20. §. 17. D. de her. pet.

k) l. 23. pr. l. 36. §. 4. D. h. Es fragt ſich, wie dieſer Satz mit dem andern, daß von Zeit der erhobenen Klage der Beſitzer als m. f. possessor behandelt werde, zu vereinigen ſey? Auf jeden Fall iſt hier der not. d. angeführte Grundſatz in Anwendung zu bringen. Das, was der b. f. poss. zur Zeit der erhobenen Klage von der Erbſchaft oder als Aequivalent derſelben noch beſitzt, muß er als res aliena aufbewahren und zu erhalten ſuchen, ſo daß ihn bloß der zufällige Untergang von der Reſtitution deſſelben befreit.

l) l. 118. pr. l. 20. pr. §. 6. 17. l. 23. pr. D. de her. pet.

m) l. 19. §. 2. l. 25. §. 2. l. 11. l. 31. §. 3. l. 36. §. 2. l. 54. §. 2. h. Eine Ausnahme gilt in Anſehung des praedo, wenn er die Erbſchaftsſchuldner hat ſchlecht werden laſſen, weil dieſer kein

Klagrecht gegen dieſe Schuldner hatte, l. 31. §. 4. D. h.; l. 25. §. D. 2. ib., welche entgegenzuſtehen ſcheint, iſt von dem possessor pro herede zu verſtehen, welcher im Stande war, als Erbe zu klagen; vgl. jedoch über die Richtigkeit der Entſcheidung ſelbſt d. l. 31., die übrigens auch mit der in einem ähnlichen Fall des Verluſts l. 19. §. 2. ib. gegebenen nicht ganz im Einklang ſteht, Weſtphal §. 490.

§. 956 b.

Das Object der Reſtitution im weitern Sinne ſind corpora und jura [a]). Erſtere, ſo weit ſie in dem Beſitz des Beklagten ſich befinden [b]), bilden den Gegenſtand der eigentlichen Reſtitution, gleichviel übrigens, ob dieſelben zur Zeit des Todes des Erblaſſers bereits einen Theil des Nachlaſſes ausmachen, oder erſt ſpäter zu demſelben hinzukommen [c]). Was Sachen der erſtern Art betrifft, ſo ſind nicht bloß Sachen, welche dem Erblaſſer eigenthümlich gehörten [d]), ſondern auch fremde Sachen, welche derſelbe zu gewähren hatte [e]), oder in Anſehung deren ihm ein Retentionsrecht zuſtand [f]), zu reſtituiren. Unter die letztere Kategorie gehören außer den Sachen, welche dem Erblaſſer ſelbſt zuſtändig, jedoch zur Zeit ſeines Ablebens nur nicht in deſſen Beſitz befindlich geweſen waren [g]), 1) Acceſſionen, welche aus der Erbſchaft und den dazu gehörigen Gegenſtänden entſtanden ſind [h]); insbeſondere die Nutzungen der Erbſchaftsſachen [i]). Was letztere anlangt, ſo haftet nach gemeinem Recht auch hier der b. f. poss. nur für die wirklich gezogenen und noch vorhandenen Nutzungen [k]), für die conſumirten aber bloß in ſoweit, als er dadurch bereichert worden iſt [l]), während der m. f. possessor unbedingt und ſelbſt für fructus percipiendos [m]), einzuſtehen gehalten iſt. Nach ſächſiſchem Recht ſind auch hier die oben §. 471. ff. erwähnten Grundſätze, ſo weit thunlich, in Anwendung zu bringen [n]). Was insbeſondere Zinſen anlangt [nn]), ſo werden dieſe nicht präſtirt von Geld, welches in dem Nachlaß gefunden, aber nicht angegriffen worden iſt [o]); wogegen im Betreff des ſpäter an die Maſſe gekommenen Geldes der m. f. poss. Zinſen von dem aus dem Verkauf von Erbſchaftsſachen gewonnenen Geldern zu gewähren hat [p]). Von

Nutzungen, welche nach erhobener Klage erhoben worden ſind, werden gar keine Zinſen, wohl aber von früher erhobenen, jedoch ohne Zweifel auch hier mit Rückſicht auf bona oder mala fides des Percipienten [q]), gezahlt. Ferner ſind 2) Anſchaffungen für die Erbſchaft dahin zu rechnen, vorausgeſetzt, daß die Anſchaffung mit dem Geld der Erbſchaft [r]), oder doch zu einem weſentlichen Vortheil derſelben [s]) bewirkt worden iſt. Iſt die zu reſtituirende Sache eine species, ſo iſt dieſelbe mit den Acceſſorien, insbeſondere mit den noch nicht ſeparirten Nutzungen, zu reſtituiren [t]), und wenigſtens der malae fidei possessor hat für Verminderung des Werths einzuſtehen [u]).

a) l. 18. §. 2. D. de her. pet.

b) l. 9. 10. pr. §. 1. l. 18. §. 1. D. de her. petit. Ausnahmsweiſe wird auch ohne Beſitz verpflichtet der, qui dolo possidere desiit, §. 952. not. a. Auch bleibt natürlich der, welcher eine einzelne in ſeinem Beſitz befindlich geweſene Sache veräußert hat, gehalten, §. 956. d.

c) l. 20. §. 3. D. de her. pet.

d) Dies ſind im ſtrengern Sinn res hereditariae, l. 19. pr. §. 2. D. de her. pet. Sachen, die der Beſitzer von dem Erblaſſer ſelbſt cum lege restitutionis empfangen hat, braucht natürlich der Beſitzer nicht eher, als bis die Zeit der Reſtitution eingetreten, zurückzugeben; vgl. §. 955. not. g.

e) d. l. 19. pr. Glück §. 566. Es gehören dahin namentlich Sachen, die dem Erblaſſer anvertraut, geliehen oder verpfändet worden waren; ferner Sachen, die der Erblaſſer bona fide und justo titulo acquirirt hatte, in Anſehung deren aber die Uſucapion noch nicht vollendet worden war, wenn gleich wegen der zuletzt gedachten Art von Sachen, ſo wie wegen der verpfändeten Sachen auch eine beſondere Klage, die actio Publiciana und hypothecaria, Statt findet. Auch Sachen, welche zwar dem Erblaſſer gehört haben, jedoch in Folge einer gültigen Dispoſition deſſelben nicht an den Erben, ſondern an dritte Perſonen kommen ſollen, wie vermachte Sachen, gehören hierher. Was Sachen betrifft, welche der Erblaſſer cum conditione usucapiendi beſeſſen hat, ſo wird das, was d. l. 19. pr. verordnet, durch die l. 13. §. 11. beſtätigt, ſobald man nur in dieſem letztern Geſetz (vgl. §. 954. not. f.) das etiam nach quamvis ſtehen läßt, oder wenigſtens im Sinne behält. Nur wenn die usucapio von dem Erben vollendet worden iſt, was vorausſetzt, daß er post delatam hereditatem unmittelbar

in den Beſitz der fraglichen Sache gelangt ſey, ſoll er dieſer Sache wegen nicht die hereditatis petitio, ſondern rei vindicatio haben, d. l. 19. §. 1.; vgl. oben §. 912. Ueber die Frage, was Rechtens ſey, wenn nach angeſtellter her. petitio und während des Proceſſes der Eigenthümer einer in dem Nachlaß vorgefundenen res aliena ſeine Sache reclamirt; ob er den Ausgang des Proceſſes über die Erbſchaft abzuwarten gehalten ſey, oder nicht? vgl. l. 12. C. de her. petit. und unten §. 957.

f) l. 19. §. 2. D. de her. pet. Hat der Beklagte den Beſitz dieſer Sachen verloren, ſo iſt er deshalb verantwortlich, auch wenn ihm keine culpa zur Laſt fällt. Daraus folgt indeß nicht umgekehrt, daß ein b. fidei poss. in dieſer Hinſicht culpam zu präſtiren habe, obwohl er jeden Falls die Klage, welche ihm zu Wiedererlangung des Beſitzes zuſteht, abzutreten gehalten iſt, a. l. 16. §. 4. D. de her. pet.

g) Dahin gehören Sachen, die der Erblaſſer geliehen, deponirt, verpfändet hatte, wenn ſie in dem Beſitz des Beklagten ſich befinden, entweder, weil er ſelbſt der Depoſitar ꝛc. war, ſ. oben not. d., oder ſie von dem Dritten, dem ſie von dem Erblaſſer übergeben worden waren, empfangen hatte; vgl. l. 4. §. 18. §. 1. D. de her. pet. Ferner Zahlungen auf Forderungen des Erblaſſers l. 31. §. 5. ib. Ob der Beklagte das duplum etc., welches er von dem Schuldner eingeklagt hat, oder nur das simplum zu gewähren habe? darüber finden ſich ſcheinbar entgegenſtehende Entſcheidungen, l. 20. §. 4. l. 24. 55. D. de her. pet.; vgl. Glück VI. §. 539. S. 549. Das duplum etc. wird h. z. T. freilich nur ſelten gefordert werden können. Dagegen kann noch jetzt die Frage aufgeworfen werden, ob das, was der Beklagte von dem Schuldner loco ejus, quod interest empfangen hat, dem Kläger zu reſtituiren ſey? Das id quod interest, oder die an deſſen Stelle tretende Conventionalſtrafe, welche der Erblaſſer ſelbſt zu fordern berechtigt war, allerdings; vgl. l. 23. §. 1. l. 25. §. 11. D. h. Daſſelbe gilt ohne Zweifel von einem id, quod interest, welches einen der Erbſchaft zugefügten Schaden ausgleicht. Ob aber auch das, wodurch der Schaden, den der Beſitzer für ſeine Perſon erlitten hat, gedeckt werden ſoll? das ſcheint verneint werden zu müſſen. Aber auch das, was nicht Erſatz poſitiven Schadens, ſondern Vergütung eines lucrum cessans iſt, ſcheint reſtituirt werden zu müſſen, l. 28. D. de her. pet. Das, was dem Beſitzer als indebitum gezahlt worden war, kommt nicht zur Reſtitution, l. 20. §. 18. ib. Auch Sachen, welche nach dem Tode des Erblaſſers redhibirt worden ſind, gehören hierher; l. 20. §. 19. ib.

h) l. 20. §. 3. D. l. 27. pr. D. de her. pet. Von dieſen Acceſſionen gilt im Allgemeinen die Regel: augent hereditatem; vgl. Glück VI. §. 539.

i) Und zwar ſowohl fructus naturales als civiles, d. l. 20. §. 3. l. 25. §. 20. l. 26. l. 27. §. 1. l. 40. §. 1. D. l. 2. C. de her. pet. Auch die fructus, welche von einer res aliena von dem Erblaſſer gezogen werden konnten, gehören hierher; l. 41. §. 1. D. ib. Daß Nutzungen der Erbſchaftsſachen auch beſonders eingeklagt werden können, ſ. Canngießer decis. 234.

k) l. 1. §. 1. C. de pet. her.; vgl. die §. 471. not. a. angef. Schriftſteller, ingl. G. H. de Wolfradt (pr. G. L. Boehmer) theoria generalis de acquisit. fruct. Götting. 1783. §. 42. sqq. Glück §. 570.

l) d. l. 1. §. 1. C. l. 40. §. 1. D. de her. pet. Daß §. 2. I. de off. jud. dieſes Falls, in welchem der b. f. poss. wegen der fructus consumtos verhaftet bleibt, nicht gedenkt, iſt nicht als ein Widerſpruch anzuſehen; vgl. Glück a. a. O. Eine andre Ausnahme, welche Cramer obs. jur. univ. I. 79. in dem Fall macht, wenn der Beklagte die Erbſchaft ex testamento beſeſſen hat, das ob defectum in testatore nichtig war, iſt nicht begründet.

m) d. §. 2. I. l. 21. 25. §. 4. l. 40. §. 1. D. h. Ueber die Verpflichtung deſſen, qui dolo possidere desiit, zu Gewährung der fructus vgl. l. 25. §. 8. ib. Darauf, ob der Kläger Früchte der in Frage ſtehenden Art würde erhoben haben, kommt es wenigſtens bei der her. petit. nicht an, l. 56. D. de her. pet. A. M. ſcheint Glück a. a. O. S. 569., der daſelbſt not. 14. angef. Overbeck II. 69. ſpricht wenigſtens nicht von dem Fall der her. petitio.

n) Daß die ſächſ. dec. 2. v. J. 1746. auch auf judicia universalia anwendbar ſey, nimmt allerdings auch Gottſchalk disc. II. 10. p. 123. an. Aber freilich nicht in dem Sinne, als ob die fructus der geſammten Erbſchaftsmaſſe auf die in der Deciſ. angegebene Weiſe feſtgeſtellt werden müßten, ſondern ſo, daß die Nutzungen der einzelnen Nachlaßgegenſtände beſonders ermittelt werden, und die Deciſion da in Anwendung komme, wo ſie in Anwendung kommen würde, wenn dieſe einzelne zu dem Nachlaß gehörige Sache durch ein judicium singulare reclamirt würde. Alſo nicht in Fällen, in denen der Ertrag der Nutzungen eine gewiſſe Größe iſt, §. 471. not. b., ingleichen, wenn der possessor her. die einzelne Sache Namens des Erblaſſers detinirt hatte, §. 474. n. 1.

nn) Vgl. Bolley Betrachtungen über verſchiedene Rechtsmaterien. Stuttgart 1800. n. 1. S. 53. ff.

o) l. 20. §. 14. D. de her. pet. Overbeck II. Med. 68.

p) Vgl. §. 956. c. not. o.

q) l. 51. §. 1. D. de her. pet. l. 15. D. de us. Bolley a. a. O. S. 58. Glück §. 570. Weſtphal §. 483. Braun diss. I. §. 15. Nach dem zuletzt angeführten Geſetz werden Zinſen von

Nutzungen in keinem Falle gewährt. Allein bei den Früchten, welche aus Erbſchaftsſachen gezogen werden, ſcheint eine Ausnahme zu gelten, weil dieſe hereditatem augent, d. h. eine Vermehrung des Erbſchaftscapitals bilden, vgl. not. h. i. Dieſes augere tritt nun nach den Anſichten der Römer nur bis zur Anſtellung der Klage ein, indem dagegen alle von dieſem Augenblick an gezogene Nutzungen als accessorium der res in judicium deducta angeſehen werden, welche nicht wieder Zinſen tragen. Daß, was die Zinſen der fructus ante litem motam percepti anlangt, der b. f. poss. zu nichts gehalten ſey, der m. f. poss. aber wenigſtens die verwendeten Nutzungen verzinſen müſſe, folgt aus dem Vorhergehenden ziemlich ungezwungen. Nur das kann zweifelhaft erſcheinen, ob der m. f. poss. auch die vor erhobener Klage gezogenen, aber nicht conſumirten Nutzungen zu verzinſen habe; wegen der not. o. angef. l. 20. §. 14. h.

r) l. 20. pr. §. 1. 3. D. de her. pet.

s) d. l. 20. pr.

t) Weil ſolche fructus ein Acceſſorium der Hauptſache ſind; vgl. §. 415.

u) l. 33. §. 1. l. 40. pr. l. 54. §. 2. D. de her. pet.

§. 956 c.

Anlangend die Pflicht des Beſitzers, die zur Erbſchaft gehörigen Sachen zu gewähren, welche er zur Zeit der zu bewirkenden Reſtitution nicht mehr beſitzt, ſo ſind, abgeſehen von dem Fall, in welchem der Beklagte dolo zu beſitzen aufgehört hat [a]), noch zwei Fälle zu unterſcheiden; obwohl in jedem dieſer Fälle die bereits im Obigen angedeutete Verſchiedenheit der Verpflichtung des b. f. und m. f. possessor ebenfalls hervortritt. Dieſe Verſchiedenheit in der Verpflichtung des Beſitzers ergiebt ſich A) in dem erſten der hierher gehörigen Fälle, wenn die Sache ſelbſt zu exiſtiren aufgehört hat, aus dem Obigen ſowohl dann, wenn die Sache durch Zufall oder Verſchulden untergegangen iſt [b]), als auch dann, wenn ſie von dem Beſitzer conſumirt worden iſt [c]). Wenn aber B) in dem andern angenommenen Falle die Sache ſelbſt noch vorhanden iſt und nur in den Händen eines Dritten ſich befindet, ſo iſt dies geſchehen A) durch eine von dem Beklagten freiwillig bewirkte Uebertragung, die entweder in Folge einer Verpflichtung, die ſchon dem Erblaſſer oblag, oder ohne dieſe er=

folgte. Der erſte Fall iſt der Fall einer erfolgten Zahlung, welche ſowohl dem b. f. als m. f. p. eine die Reſtitution beſchränkende Exception gegen die Anſprüche des Klägers gewährt[d]). In dem zweiten Fall liegt nur der allgemeine Begriff einer Veräußerung vor. Sieht man hier ab von dem Fall, wenn die ganze Erbſchaft Gegenſtand der Veräußerung geweſen iſt[e]), und ſetzt man auch hier eine vor angeſtellter Klage erfolgte Veräußerung voraus[f]), ſo zeigt ſich die Verſchiedenheit der Verpflichtung des b. f. und m. f. possessor auf beſonders merkwürdige Weiſe. Betrachtet man zuförderſt die Veräußerung, welche in Folge eines Kaufs geſchehen iſt; ſo wird, wenn α) eine zur Erbſchaft gehörige Sache[g]) verkauft worden iſt, a) das Verhältniß zwiſchen dem Kläger und dem Beklagten im Allgemeinen durch den Grundſatz regulirt, pretium succedit in locum rei[h]). Das heißt: der Kläger kann überall Gewährung des bedungenen Kaufgeldes fordern[i]). Er muß ſich aber dem b. f. poss. gegenüber mit dem Anſpruch auf das Kaufgeld begnügen; und zwar ſo, daß der b. f. p. nur quatenus est locupletior haftet[k]); auch gegen zu befürchtende Anſprüche des Käufers ſicher geſtellt werden muß[l]). Demgemäß haftet der b. f. poss. für das bereits empfangene Kaufgeld nur inſoweit, als er daſſelbe nicht bereits conſumirt hat[m]), während er wegen des noch nicht Empfangenen durch Abtretung der Klage gegen den Käufer befreiet wird[n]). Dagegen hat gegen den m. f. poss. der Kläger die Wahl entweder Gewährung des Kaufgeldes, oder die Sache ſelbſt zu fordern[o]). Das Letztere iſt nur in dem Fall einer von dem m. f. poss. aus Gründen der Nothwendigkeit unternommenen Veräußerung ausgeſchloſſen[p]), und berechtigt übrigens zu dem jusjurandum in litem, wenn die Ausantwortung nicht erfolgt[q]). Es fragt ſich aber b), in welchem Verhältniß der Kläger zu dem Käufer oder überhaupt dem dritten Beſitzer der verkauften Sache ſtehe; ob er nicht von dieſem die Sache als von einem non dominus veräußert, vindiciren könne? Dieſe Frage iſt zu verneinen in dem Fall, wenn der Kläger den Werth der=

ſelben von dem Beklagten vergütet erhalten hat [r]). Allein, wenn dies nicht der Fall iſt, wenn der Kläger wegen dieſer Sache gegen den Beklagten gar keinen Anſpruch gerichtet hat; ſo iſt in dem Fall einer von dem b. f. possessor unternommenen Veräußerung in Gemäßheit des Satzes, daß der b. f. poss. wegen des von ihm Verhandelten nur kein lucrum behalten, nicht aber auch in Nachtheil verſetzt werden dürfe, anzunehmen, daß eine Klage gegen den dritten Beſitzer der verkauften Sache nur inſofern Statt habe, als der dritte Beſitzer nicht nach erfolgter Entwährung ſeinen Regreß an den Veräußernden zu nehmen berechtigt ſeyn, und dieſen dadurch zur Leiſtung eines mehrern, als derſelbe dem Kläger zu gewähren gehalten war, nöthigen würde [s]). Dagegen wird im Fall der von einem m. f. poss., welchem dieſe ſchonende Rückſicht nicht zu Theil wird, unternommenen Veräußerung das Vindicationsrecht gegen den dritten Beſitzer ohne Weiteres ſtatthaft erſcheinen [t]). Wenn hiernächſt *β*) von dem in dem Nachlaß befindlichen Gelde eine Sache angekauft worden iſt, ſo läßt ſich nach dem, was bereits oben über Anſchaffung von Sachen geſagt worden iſt [u]), nicht ohne Weiteres auch der Satz aufſtellen, res succedit in locum pretii; vielmehr bleibt der Beſitzer, wenn nicht auch die Sache für den Nachlaß angeſchafft worden iſt, in der Regel nur zur Gewährung des aus der Erbſchaft Aufgewendeten gehalten [v]). Hiernach iſt denn zu beurtheilen, was in Anſehung andrer Veräußerungen gelte, die entweder unter einem andern oneroſen Titel als dem des Kaufs [w]), oder, ohne daß dafür ein Aequivalent gegeben worden iſt [x]), geſchehen ſind. — Außer dem Fall einer Zahlung oder Veräußerung bleibt noch als ein dritter Fall der Uebertragung des Beſitzes einer Erbſchaftsſache der übrig, wenn eine zur Erbſchaft gehörige Sache mit der Bedingung dereinſtiger Reſtitution einem Dritten gegeben worden iſt [y]), welcher eine Veräußerung nur dann enthält, wenn aus dem Nachlaß ein Darlehn gegeben worden iſt [z]). Iſt endlich B) dem Beklagten der Beſitz einzelner Erbſchaftsſachen von einem Dritten wider

ſeinen Willen entzogen worden, ſo ſcheint der Beſitzer, wenn er nicht etwa malae fidei possessor iſt, zu weiter nichts als zu Abtretung der Klage gegen den Dritten gehalten [aa]).

a) Vgl. §. 952. not. a.

b) Vgl. §. 956. a., beſ. not. h.

c) Vgl. §. 956. a. not. h.

d) l. 31. pr. §. 1. D. l. 5. C. de her. pet.; vgl. P. Petzold ad l. 5. C. de her. pet. L. 1804. Muncke de act. et except. possessori petitoriae hered. ratione eorum, quae ipsi creditoribus legatariisve solverunt competente. Heidelb. 1833. Eine Verſchiedenheit zwiſchen dem b. f. und m. f. poss. erkennt in dieſer Beziehung l. 5. C., welche Petzold l. l. ohne Grund auf den Fall beſchränkt, wenn ein b. f. poss. ante litem motam bezahlt hat, nicht an. Doch wird ein ſolcher Unterſchied in d. l. 31. pr. dahin angegeben, daß der m. f. poss. dem Kläger für fernere Anſprüche der Gläubiger Caution zu leiſten ſchuldig ſey, nicht der b. f. poss. Dieſe Verſchiedenheit beruhet auf dem Satz, daß ein Schuldner nicht liberirt werde, wenn die Schuld von einem Dritten im eignen, nicht in des eigentlichen Schuldners Namen bezahlt wird. Woraus ſich ergiebt, wie ein Anſpruch nach ſtrengem Recht von den Gläubigern, welche Bezahlung von dem possessor erhalten hatten, dennoch gegen den petitor erhoben werden konnte. Dieſen Punkt aufzuklären und zu erörtern, ob und in welcher Maße der possessor, welcher gezahlt hat, das Gezahlte als indebitum zurückzufordern, mithin, wie in d. l. 31. angenommen wird, ein b. f. possessor her. durch Ceſſion der cond. indebiti an den possessor von der Sicherſtellung gegen die Anſprüche der bezahlten Gläubiger ſich befreien könne, iſt die Haupttendenz der diss. von Petzold. Die ganze diesfallſige Erörterung ſcheint für das heutige Recht kaum von praktiſcher Bedeutung, da jeder Anſpruch eines bereits abgefundenen Gläubigers durch exc. solutionis oder doch doli ausgeſchloſſen wird. Eine andere Verſchiedenheit zwiſchen dem b. f. et m. f. p. findet nach l. 31. §. 1. 2. D. h. inſofern Statt, als nur der b. f. poss. das abziehen kann, was er ſelbſt zu fordern hat, während der m. f. poss. in dieſer Hinſicht von der Willkür des Klägers abhängt. Doch ſcheint auch dieſer Unterſchied h. z. T. kaum noch gültig. Vorauszuſetzen iſt übrigens allemal, daß eine gegründete Schuld gezahlt worden ſey, l. 20. §. 18. l. 30. pr. D. h. Zu ſolchen Schulden gehören insbeſondere die Koſten der Krankheit und Beerdigung des Erblaſſers, l. 4. C. de her. pet. Nach Befinden auch Legate, welche der Erblaſſer angeordnet hat; a. l. 43. 44. D. de her. pet. Nur dann würde das Gegentheil anzunehmen ſeyn, wenn die her. pet. des Gegners

eine qualificata wäre, durch welche der letzte Wille und mit dieſem zugleich die Anordnung der Legate zuſammenfiele, l. 17. ib., nach welcher jedoch auch hier der b. f. poss. vor Nachtheil zu ſichern iſt. Zwar ſoll ſich der, welcher eine Erbſchaft, aus der Legate zu entrichten ſind, als Erbe beſitzt, durch eine von den Legatarien zu leiſtende Caution ſicher ſtellen. Allein die Vernachläſſigung einer ſolchen Maßregel kann ihm nur dann zum Vorwurf gemacht werden, wenn er post motam controversiam de hereditate Legate auszahlt. Außer dieſem Fall wird er durch Abtretung der Klage gegen die Legatare befreit. Legate übrigens, die vor angeſtellter hereditatis petitio der Kläger ſelbſt erhalten hatte, muß dieſer jeden Falls zurückgeben, auch nach Befinden Caution beſtellen, oder doch ſich anrechnen laſſen; l. 42. 43. D. de her. pet.

e) Die Veräußerung der ganzen Erbſchaft begründet die utilis hered. petitio gegen den Acquirenten, §. 954. not. f.; obgleich auch der Veräußernde gehalten bleibt, l. 13. §. 4. D. de her. pet.

f) l. 20. §. 16. D. l. 2. C. h., post motam litem hört der Unterſchied zwiſchen einem b. f. und m. f. possessor auf; §. 956. a. Jede nachher aus freier Willkür unternommene Veräußerung iſt ſchon darum nichtig, weil res litigiosa vorliegt, vgl. §. 598. Nur mit Willen des Gegners und nach Befinden gegen Sicherheitsbeſtellung kann post litem motam eine Veräußerung gültiger Weiſe Statt finden, l. 5. D. h.

g) In dem Folgenden iſt von einer Sache die Rede, welche dem Erblaſſer gehört hat, oder doch jure accessionis zur Erbmaſſe gekommen iſt. Inzwiſchen ſcheinen die hier angenommenen Grundſätze im Ganzen auch anwendbar für den Fall, wenn eine res aliena, die in der Erbſchaftsmaſſe ſich befand, veräußert worden iſt. Doch iſt zu bemerken, daß in dieſem Fall der Beklagte, wenn er bereits zur Evictionsleiſtung angehalten worden war, nicht einmal das erlangte pretium zu gewähren braucht, l. 20. §. 18. D. h., und dies zwar ohne Unterſchied, ob er in Beziehung auf den petitor als b. f. oder m. f. possessor anzuſehen iſt. Inzwiſchen kann namentlich der Letztere, wenn er zugleich sciens rem alienam veräußerte, ſich nicht entbrechen, für den der Erbmaſſe dadurch zugezogenen Aufwand aufzukommen. Ob daſſelbe auch von dem b. f. poss. auszuſagen ſey, iſt wegen l. 25. §. 11. ib. allerdings zweifelhaft. Wenn daſelbſt der b. f. poss. von der Vertretung frei geſprochen wird, quia re sua abuti putavit, ſo ſcheint freilich damit nicht geſagt, daß er, wenn er als vermeintlicher Erbe über eine in der Erbmaſſe vorgefundene res aliena wiſſentlich disponirt hat, einem andern als dem Eigenthümer der Sache, namentlich dem wahren Erben, verpflichtet werde.

h) l. 16. §. 1. l. 20. §. 6. 12. 16. l. 22. D. de her. pet.; vgl.

§. 421. Glück VI. §. 542. J. W. VII. 56. S. 182. Man leitet dieſen Satz aus dem SCt. Juvencianum her, das urſprünglich nur für einen beſtimmten Fall gegeben, ſpäterhin aber allgemein angewendet ward, l. 20. §. 6. 8. 9. D. l. 1. pr. C. h.; vgl. über daſſelbe eine Abhandl. von Heineccius, in deſſen opusc. posth. Hal. 1748. p. 449. Ueber den Satz ſelbſt, der von den ältern Rechtslehrern in ziemlich weitem Umfange genommen, von den neuern aber auch bei der hereditas bedeutend beſchränkt wird, Glück VI. §. 538. Schweppe §. 1278. Mühlenbruch obs. jur. rom. Regiom. 1828. obs. 1. §. 11. und und deſſ. Abh. im Arch. f. civ. Pr. XVII. 12., in welcher letztern über obigen Satz ſelbſt, ſowie über die Unterſcheidung zwiſchen universitates juris et facti gänzlich der Stab gebrochen wird. In dem Sinne, in welchem der beſagte Satz im §. ausgeſprochen worden iſt, ſcheint übrigens derſelbe wohl geduldet werden zu können.

i) Vgl. l. 16. §. 1. 5. l. 20. §. 6. 15. 17. D. de her. pet. Der Fall iſt natürlich ausgenommen, wenn in Folge einer Aufhebung des Kaufs die veräußerte Sache wieder an die Maſſe gekommen iſt, l. 20. §. 9. ib.

k) l. 20. §. 6. 12. l. 23. pr. l. 25. §. 1. 17. 18. D. de her. pet. Es fragt ſich, ob nicht der b. f. poss., wenn er die veräußerte Sache wieder erworben hat, durch die Reſtitution derſelben von der Gewährung des früher erlangten Kaufpreiſes, der vielleicht mehr beträgt als das auf den neuen Ankauf Verwendete, ſich befreien könne? vgl. l. 22. D. h., wo gemäß dem Satz, daß auch bei dem b. f. poss. kein lucrum ex hereditate verbleiben dürfe, angenommen wird, daß in einem ſolchen Fall der b. f. poss. wenigſtens außer der Sache ſelbſt, den durch den frühern Verkauf erlangten Gewinn reſtituire; vgl. Reinhardt Ergänz. S. 399.

l) l. 20. §. 20. D. de her. pet. J. H. van Hoorn de officio judicis erga possessorem hereditatis. Lugd. Batav. 1784.

m) l. 23. l. 25. §. 11. D. de her. pet.

n) l. 16. §. 5. l. 20. §. 15. l. 25. §. 17. l. 35. ib.

o) l. 20. §. 12. 21. Eben ſo in dem Fall, wenn die veräußerte Sache wieder an den b. f. poss. zurückgekommen iſt, l. 22. ib. Der m. fid. possessor hat auch von dem erlangten Kaufpretium Zinſen zu gewähren, l. 20. §. 12. 16. h.; und dieſem ſtand ſonſt der gleich, welchem als indignus die Erbſchaft entriſſen ward, wenn er inmittelſt Veräußerungen vorgenommen hatte, l. 1. C. de his, quae ut ind.; vgl. Boley a. a. O. S. 55.

p) l. 20. §. 2. 12. l. 33. §. 1. ib.

q) d. l. 20. §. 21.

r) a. l. 46. D. de R. V. l. 7. §. 1. D. de publ. in rem act. l.

l. 22. pr. D. de act. rer. amot. l. 95. §. 9. D. de solut. Anders als in dem Fall, wenn der Beklagte dolo possidere desiit, vgl. §. 952. not. a.

s) l. 25. §. 17. D. de her. pet.; vgl. über dieſes Geſetz Weſtphal §. 401., der eine ganz unrichtige Erklärung, welche er früher in der Abhandl., in welchen Fällen der Eigenthümer ſeine in dritte Hand gediehene Sachen entweder gar nicht, oder nicht unentgeldlich abfordern kann. Halle 1821. §. 33. seq. in deſſen Abh. II. n. 6. zurücknimmt. Reinhardt Ergänz. S. 424. Das Geſetz ſpricht bloß von dem Verkauf einzelner zu der Erbſchaft gehöriger Sachen; iſt die ganze Erbſchaft verkauft, ſo findet auch gegen den Käufer utilis hered. petitio Statt; vgl. not. e. Daß der emtor sciens, wenn er die Sache als eine fremde, aber doch ſtreitige, erkauft hat, durch die rei vindicatio belangt werden könne, iſt nicht zu bezweifeln, weil er in dieſem Falle keinen Regreß hat; vgl. l. 2. C. de pet. her. Eine andre in den Geſetzen nicht entſchiedene Frage iſt, ob die rei vindicatio nicht auch dann gegen den Käufer Statt habe, wenn demſelben der vindicirende Erbe das Kaufpretium zu reſtituiren bereit iſt? Auch dieſe Frage ſcheint bejahet werden zu müſſen, da auch hier ein Regreß des Käufers wegfällt.

t) d. l. 2. C. l. 16. in fin. D. h.

u) §. 956. b.

v) §. 956. b. not. p. q.

w) Doch können manche factiſche Umſtände, welche die Beſchaffenheit des geleiſteten Aequivalents, namentlich deſſen Veranſchlagung nach Geld, ingleichen in dem Fall eines Tauſches (vgl. l. 25. §. 1. h.), der Umſtand, ob das in Tauſch Empfangene für die Erbſchaft oder für den Beſitzer derſelben angeſchafft worden iſt (vgl. §. 956. not. q.), mancherlei Schwierigkeiten veranlaſſen.

x) Hier, wo ein Regreß in der Regel gar nicht Statt hat, ſcheint die Vindication gegen den dritten Beſitzer unbedingt zuläſſig.

y) Hierher gehört der Fall, wenn eine Erbſchaftsſache einem Dritten geliehen, verpfändet, vermiethet, oder bei demſelben deponirt worden iſt. Die von einem b. f. poss. unternommene Uebertragung ſcheint aus den in l. 25. §. 17. h. angeführten Gründen allerdings gültig zu bleiben, und der b. f. poss. iſt bloß zu Abtretung der Klagen gehalten, l. 40. §. 2. Dagegen braucht der petitor die von einem m. f. poss. unternommenen Dispoſitionen nicht anzuerkennen, a. l. 25. §. 2. 8. h.

z) Handb. §. 1314. l. 30. l. 40. §. 2. D. h. Auch hier wird der b. f. poss. durch Abtretung der Klage befreit. Was den m. f. poss. betrifft, ſo hat der Kläger die Wahl, entweder von dem Beklagten die Entrichtung des ausgeliehenen Geldes, aber ohne Zin=

ſen, zu fordern, oder ſich die Klage gegen den Schuldner abtreten zu laſſen, in welchem Fall Capital und Zinſen, aber auch zugleich periculum sortis auf ihn übergehen.

aa) Dies gilt wenigſtens von dem Fall einer gewaltſamen Beſitzentſetzung, und zwar, wie es ſcheint, ohne Unterſchied, ob der Beſitzer in bona oder mala fide war, l. 17. pr. D. de acqu. vel am. poss. l. 21. §. 2. D. vi bon. rapt. a. l. 24. 40. §. 2. 4. D. h. l. 16. §. 4. ib. ſcheint von dem Fall zu ſprechen, in welchem man aus dem Beſitz der ganzen Erbſchaft geſetzt worden war. Hier, ſo wie überhaupt, wenn der, welcher den Beſitz ergriffen hat, als Erbe oder als praedo ſich zu vertheidigen ſucht, kann auch hered. petitio gegen ihn Statt finden, d. l. 16. und l. 15. h. Zweifelhafter wird die Sache in Entwendungsfällen; weder der b. f. noch der m. f. poss. hat die condictio furtiva, l. 1. D. de cond. furt. Der m. f. poss. aber auch nicht actio furt., l. 12. §. 1. l. 76. D. de furt., und ſelbſt dem b. f. poss. ſcheint letztere abgeſprochen zu werden, l. 71. §. 1. ib. Vielleicht iſt in dieſen Geſetzen bloß von der Pönalklage in duplum oder quadruplum die Rede, obwohl die angeführte ratio ziemlich allgemein klingt. Es bedarf aber auch keiner Klageabtretung, da jeden Falls der wahre Erbe die Sache von dem Diebe vindiciren kann, a. l. 30. D. h. Daß übrigens der b. f. poss. weiter als bis zur Klageabtretung nicht hafte, folgt aus dem, was oben §. 956. a. geſagt worden iſt. Zweifelhafter iſt die Verpflichtung des m. f. poss. Faſt ſcheint a. l. 20. §. 21. l. 21. D. de her. pet. angenommen werden zu müſſen, daß er unbedingt gehalten ſey; allein wenn das Entwendete bei dem Diebe ſelbſt wieder erlangt werden kann, daſſelbe mithin nicht als deperditum anzuſehen iſt, ſo muß der Kläger wohl zunächſt an die Sache ſich halten, weil außerdem der Dieb am beſten wegkommen würde. Der m. f. poss. haftet alſo bloß in subsidium, aber hier, wie es ſcheint, auch ohne Rückſicht auf eignes Verſchulden; und eben ſo iſt er, wenigſtens wenn ihm culpa zur Laſt fällt, verbunden, dem Kläger den Aufwand zu erſetzen, welchen dieſer Behufs der Reclamation der Sache gemacht hat.

§. 956 d.

Wenn gleich nach dem ausdrücklichen Worte der Geſetze die Erbſchaftsklage nicht bloß auf corpora, ſondern auch auf jura ſich bezieht [a]), ſo iſt doch in Anſehung der letztern eine eigentliche restitutio nicht denkbar [b]), und namentlich in Anſehung der Servituten durch ausdrückliche Beſtimmungen der Geſetze ausgeſchloſſen [c]). Rechte, und zwar ſolche, die dem Erblaſſer bereits zugeſtanden [d]), kom-

men daher bei der hereditatis petitio nur inſofern in Betracht, als der m. f. possessor die Gefahr des Verluſts ſolcher Rechte zu tragen hat [e]). Was wenigſtens dann der Fall iſt, wenn er in der Lage ſich befand, dieſe Rechte geltend zu machen [f]). So viel insbeſondere Forderungsrechte betrifft, ſo kann auch während des Streits über das Erbrecht ein Verfahren gegen den Schuldner Statt finden [g]).

a) l. 18. §. 2. D. de her. pet.

b) Selbſt Ceſſion iſt wenigſtens in Anſehung derjenigen Rechte, welche ſchon dem Erblaſſer zuſtanden, nicht anwendbar.

c) l. 19. §. 3. D. de her. pet. Dieſe Beſtimmung möchte auf Realſervituten zu beſchränken ſeyn. Von perſönlichen Forderungsrechten ſcheint im Grunde daſſelbe zu gelten, ſo lange davon nichts eingezogen worden iſt; vgl. §. 952. not. a.

d) Was die von dem Beſitzer contrahirten nomina betrifft, ſo vergleiche §. 956. c. not. z. die daſelbſt angezogene l. 30. h. ſcheint bloß auf ſolche nomina ſich zu beziehen.

e) Wenn angenommen, wenigſtens als Regel angenommen werden müßte, daß ſelbſt der m. f. poss. für Erbſchaftsactiva nicht hafte (denn daß der b. f. poss. nicht hafte, folgt aus dem, was §. 956. a. geſagt worden iſt, unwiderſprechlich), ſo könnte eigentlich gar nicht geſagt werden, quod in hereditatis petitionem veniant corpora et jura. Daß aber der m. f. poss. hafte, wenn durch ſeine Nachläſſigkeit ein dingliches Recht verloren gegangen iſt, folgt aus l. 25. §. 18. D. fam. erc.

f) l. 25. §. 2. D. de her. pet. enthält die Regel, l. 31. §. 4. l. 49. in fin. ib., die Ausnahme. Der praedo wird in l. 31. von der Haftung für Schulden freigeſprochen, weil man annimmt, er, der ſelbſt kein Erbrecht behaupte, ſey nicht im Stande geweſen, ein erbſchaftliches activum einzuklagen. Eben darauf deutet l. 49. hin; vgl. §. 956. a. not. m. Daß übrigens der m. f. poss., wie wegen perſönlicher Forderungen, die er hat ſchlecht werden laſſen, ſo auch wegen Realrechte, welche den Erbſchaftsgrundſtücken zugeſtanden und durch ſeine Schuld verloren gegangen ſind, hafte, läßt ſich wohl kaum bezweifeln, beſonders da der m. f. poss. eben ſowohl als b. f. poss. den Verluſt der servitus wegen non usus durch Ausantwortung derſelben verhindern kann, l. 12. 24. D. quemadmodum servitus amittitur.

g) l. 49. D. de her. pet.; vgl. A. Faber in Rational. ad d. l. Weſtphal §. 375.

§. 956 e.

Der Beklagte iſt jedoch berechtigt, dem Kläger bei der Reſtitution in Gegenrechnung zu bringen, 1) Zahlungen auf das, was der Erblaſſer ſchuldig oder doch aus der Erbmaſſe von dem Erben zu gewähren war [a]). 2) Auslagen, welche für den Erblaſſer [b]) oder für die Erbſchaft gemacht worden ſind [c]). Zu Auslagen der letztern Art gehören namentlich impensae, welche der Beſitzer für Erbſchaftsſachen aufgewendet hat. Dieſe werden nach gemeinem Recht, wenn ſie wegen Gewinnung der Früchte gemacht worden ſind, von dem Kläger inſofern übertragen, als ihm die fructus reſtituirt werden [d]); während von Aufwand, welcher für die Subſtanz von Erbſchaftsſachen gemacht worden iſt, impensae necessariae und utiles [e]), letztere jedoch von dem m. f. possessor nur inſofern, als der beabſichtigte Nutzen zur Zeit der Reſtitution noch beſteht [f]), vergütet werden. Was impensae voluptuariae betrifft, ſo werden dieſe zwar dem b. f. poss. vergütet, dem m. f. poss. aber bleibt in Anſehung derſelben bloß jus tollendi [g]). Das ſächſ. Recht weicht von dieſer Beſtimmung bloß inſoweit ab, als nach demſelben bei Berechnung der zu reſtituirenden Nutzungen der unumgänglich nothwendige Aufwand zugleich mit in Anſchlag gebracht werden ſoll [h]). Außerdem iſt der Beſitzer von manchen Verpflichtungen zu befreien, zu denen er wegen des Beſitzes von Erbſchaftsſachen angehalten worden iſt [i]). Aus allem dem, was bisher über Reſtitution einer Erbſchaft geſagt worden iſt, ergiebt ſich übrigens, daß die Reſtitution in den meiſten Fällen nicht anders als mittelſt eines von dem Beſitzer zu fertigenden Nachlaßverzeichniſſes, in Verbindung mit einer Rechnung über die inmittelſt geführte Verwaltung, erfolgen kann [k]).

a) Vgl. §. 956. c. not. d. und die daſ. angef. diss. v. Muncke.

b) l. 50. §. 1. D. l. 4. C. h.; vgl. auch §. 956. c. not. d.

c) Vgl. die bereits angeführte diss. von Hoorn de officio jud. erga possessorem hered. Lugd. Bat. 1784.

d) l. 36. §. 5. D. de her. pet. Hier eigentlich kein Unterſchied zwiſchen einem b. f. und m. f. poss.; doch iſt der erſtere inſofern

begünſtigt, als ihm der Aufwand ad fructus quaerendos ſelbſt dann vergütet werden muß, wenn keine Früchte gewonnen worden ſind, l. 37. h.

e) l. 38. pr. 39. D. h. Glück §. 572.

f) d. l. 38.

g) l. 39. §. 1. ib.

h) dec. 2. v. J. 1746.; vgl. §. 474. Die decis. ſcheint bloß von Aufwand, der für die Fruchtgewinnung gemacht wird, zu ſprechen, und ſo verſteht dieſelbe auch Gottſchalk an dem bereits oben angef. Ort S. 125.

i) l. 20. §. 20. l. 40. §. 3. D. de her. petit.

k) Carpzov p. III. c. 33. def. 6. Mävius decis. II. 245. Glück §. 566. Braun diss. l. §. 11. 12. Die Richtigkeit dieſes Verzeichniſſes iſt zu beweiſen und wenigſtens eidlich zu beſtärken. Gewöhnlich nimmt man an, daß dieſe eidliche Beſtärkung nicht auf Außenſtände des Nachlaſſes ſich beziehe. Und dies iſt inſofern wahr, als nicht die Richtigkeit der Forderung beſchworen zu werden braucht; Bauer. resp. 63. L. 1796.; vgl. Zeitſchr. N. F. I. 11. Wegen Herausgabe eines Verlaſſenſchaftsverzeichniſſes iſt mit Strafauflagen zu verfahren, und es kann, wenn dieſe fruchtlos bleiben, zu Gefängnißſtrafe verſchritten, am Ende auch der Gegner zu dem jusjurandum in litem gelaſſen werden; vgl. v. Hartitzſch CCLXXIX. 67. Geſ. v. 28. Januar 1838. §. 71. sub bb.

§. 957.

Im Uebrigen iſt in Beziehung auf die Erbſchaftsklage noch zu bemerken: 1) daß ſie in den Geſetzen als actio bonae fidei [a]) und mixta [b]) bezeichnet wird. 2) Sie war in Beziehung auf Anſprüche, welche gegen den Erben und namentlich wegen einzelner zur Erbmaſſe gehöriger Sachen gemacht werden, präjudicieller Natur [c]), obwohl nach neuerm Recht ein Anſpruch der erwähnten Art, auch während des Streites über das Erbrecht, erörtert werden kann [d]). 3) Es ſteht in der Willkür des Klägers, ob er die Klage in foro domicilii des Beklagten, oder in foro rei sitae anſtellen will [e]). 4) Die Verjährungszeit für dieſe Klage iſt die gewöhnliche; nämlich in Sachſen 31 Jahre 6 Wochen und 3 Tage, ohne Unterſchied, ob ſie von Kindern oder andern Erben angeſtellt wird [f]).

a) l. 12. §. ult. C. de pet. her. j. §. 28. I. de act. Für das heutige Recht iſt dieſer Punkt freilich nur inſofern von Wichtigkeit,

als man daraus zu ſchließen berechtigt iſt, daß in zweifelhaften Fällen das arbitrium judicis entſcheide; vgl. l. 10. §. 1. D. h. Glück §. 564. n. 4.

b) l. 25. §. 18. D. l. 7. C. h. Glück a. a. O. n. 4. not. z. Jedoch nur inſofern, als ſie gegen den Beſitzer von Erbſchaftsſachen angeſtellt wird, weil hier nicht bloß Reſtitution der Sache, ſondern auch praestationes personales in Frage kommen. Abgeſehen von Letztern iſt ſie realis, weil das Erbrecht ſelbſt gegen Jeden, welcher daſſelbe namentlich durch Vorenthaltung von Erbſchaftsſachen beſtreitet, vindicirt wird. Deſſenungeachtet haben mehrere neuere die Erbſchaftsklage für eine perſönliche, vgl. Roßhirt im Arch. für civ. Pr. IX. 1. §. 8. Fabricius im rhein. Muſ. a. a. O. und II. beſ. S. 194., wohl gar für eine mit dem status zuſammenhängende darzuſtellen geſucht; vgl. über dieſen Punkt Mühlenbruch obs. jur. rom. n. 1. Löhr Magaz. IV. 2. S. 19. 24. Düroy im Arch. für civ. Pr. VI. n. 14. §. 12. S. 300. von Buchholz Abh. n. 1., wo zugleich der Unterſchied zwiſchen hered. petit. und rei vindicatio erörtert wird. Arndts a. a. O. §. 2.

c) l. 5. §. 2. l. 7. l. 25. §. 17. D. de her. pet.; vgl. über l. 7. Weſtphal §. 371.

d) l. 12. pr. §. 1. C. de pet. her., durch welche das ältere Recht abgeändert wird. Wenn die Forderung eine ſolche iſt, die gegen den Erblaſſer ſelbſt geltend zu machen war, ſo ſoll der Gläubiger nicht verbunden ſeyn, den Ausgang des Streits über die Erbſchaft abzuwarten. Er kann gegen den, welcher als Kläger in dem Streit über die Erbſchaft auftritt, ſowohl als gegen den Beklagten mit ſeinem Anſpruch hervortreten, was jedoch nach ſächſ. Recht in Beziehung auf den, welcher ſein Erbrecht klagend verfolgt, inſofern eine Beſchränkung erleiden dürfte, als dieſer, der nach der mehrmals angef. dec. 57. v. J. 1661. nur aus der Erbſchaft zu zahlen gehalten iſt, nichts, oder doch nicht hinreichende Mittel aus der Erbſchaft beſitzt. In jedem Fall wird aber der, welcher den Gläubiger abfindet, wenn er in dem Streit über die Erbſchaft unterliegt, von dem Gegner entſchädigt. Hat der Beklagte gezahlt, ſo bringt er das, was er dem Gläubiger gezahlt hat, bei der künftigen Reſtitution in Anrechnung. Hat der Kläger gezahlt, ſo kann er deshalb Erſatz von dem Beklagten fordern. Dies gilt nicht nur bei Geldforderungen, ſondern auch, wenn res deposita, commodata, pignori data, oder auch locata zurückgefordert worden iſt, d. l. 12. §. 1. C. Daſſelbe gilt ohne Zweifel, wenn ein Dritter eine in der Erbmaſſe vorgefundene Sache vindicirt. Breuning diss. an hered. petitio rei singularis ex hered. vindicat. suspendat. L. 1773., der indeß bloß l. 17. D. de her. pet., die l. 12. C. ib. aber gar nicht berückſichtigt hat. Vermächtnißnehmer

ſtehen, wenn von Vermächtniſſen die Rede iſt, welche jeder künftige Erbe zu präſtiren hatte, andern Gläubigern ohne Zweifel gleich. Wenn aber der Anſpruch auf das Vermächtniß von der Gültigkeit des letzten Willens abhängt, und der Streit über das Erbrecht ebenfalls auf der Gültigkeit des letzten Willens beruht, ſo hat der Legatar die Wahl, entweder das Legat gegen Beſtellung annehmlicher Sicherheit ſofort zu verlangen, oder den Ausgang des Streits über das Erbrecht abzuwarten, d. l. 12. pr. C. l. 17. D. de her. pet. Wählt er das Erſte, ſo muß er, wenn gegen das Teſtament entſchieden wird, das empfangene Legat nebſt Zinſen und Früchten, jedoch nach Abzug der impensae utiles et necessariae, reſtituiren; und in dieſem Fall ſcheint auch die dec. 2. nicht anwendbar. Wählt er das Letzte, ſo iſt ihm, wenn das Teſtament beſtehet, das Vermächtniß mit Zinſen und Früchten von dem obſiegenden Theil zu gewähren.

e) Rivinus Enunc. XI. 6. Berger II. 4. 54. 12. Lauterbach coll. Pand. V. 3. §. 30. Leyſer sp. 94. m. 1. Müller ad L. obs. 234. Hofacker §. 1686. A. M. iſt L. F. G. Meiſter, ubi de hered. agatur. Goetting. 1776. Cocceji jur. civ. crat. V. 1. qu. 22. Einen Mittelweg ſchlagen ein Glück VI. §. 519. S. 327. Bayer im Arch. für civ. Pr. VIII. 8., welche beide letztere die Klage in loco rei sitae wenigſtens dann zulaſſen, wenn der Beklagte daſelbſt obſchon nicht wohnte, doch ſich aufhielt, alſo ihm die Ladung unmittelbar behändigt werden konnte. Alles kommt auf die Erklärung der l. un. C. ubi de hered. an; über welche ſchon J. D. Tabor eine Analyſis geliefert hat; unter den neuern aber iſt zu vergleichen Bethmann-Hollweg Verſuche über einzelne Theile des Civ.-Proc. S. 64. Arndts Beiträge n. 2. Nach neuerm ſächſ. Recht entſteht die Frage, ob nicht in Folge der Diſpoſition des Erbg. §. 122. der Richter, dem der Verſtorbene in personalibus unterworfen war, als competent und ſogar als ausſchließlich competent anzuſehen ſey? So viel iſt gewiß, daß dieſer Richter zu Regulirung des Nachlaſſes, namentlich auch zu Erlaſſung von Edictalien, competent iſt. Allein dieſe Competenz ſcheint doch mit dem Augenblick aufzuhören, mit welchem Jemand den Nachlaß pro herede oder pro possessore in Beſitz genommen hat. Demnach hätte das neuere ſächſ. Recht an dem gem. Recht in dieſer Beziehung nichts geändert; vielmehr bleibt der Richter, deſſen §. 122. des Erbg. gedenkt, nur in Anſehung des §. 121. erwähnten Atteſts competent; vgl. §. 950. b.

f) l. 7. C. de her. pet. Rau princ. doctr. de praescr. §. 155. p. 258. und dazu Eichmann not. p. q. Struben rechtl. Bed. IV. 53. (284. ed. 2.). Unterholzner Lehre von der Verjähr. II. §. 167. ff. Die Meinung, daß die Kinder des Erblaſſers zu Anſtellung der Klage 90 Jahre lang ein Recht hätten, iſt völlig

grundlos, obſchon dieſelbe beſonders unter den ältern Rechtslehrern mehrere Vertheidiger gefunden hat; vgl. Carpzov p. III. c. 14. def. 30. Stryck succ. ab int. IX. 2. §. 39. Brunnemann ad l. 7. C. de pet. her. und dagegen Rau, Eichmann, Unterholzner a. a. O. Faber err. pragm. III. 8. J. J. Ludovici de praescr. nonagenaria. Hal. 1728. Crell de praescr. hered. paternae et avitae. Viteb. 1738. in opusc. V. 37. Berger Oec. II. 4. 54. not. 11. Wernher p. III. obs. 69. Leyſer sp. 94. coroll. 1. Müller ad L. obs. 237. Weishaupt de eo, quod justum est, herede exc. praescr. contr. petitorem utente. Ingolst. 1752. Overbeck III. med. 178. A. F. Schott (resp. Klett.) de justo praescr. tempore in paterna hered. petenda liberis definito. L. 1769. Glück VII. §. 564. Reinhardt Ergänzung. S. 444.

§. 958.

BB. Von der hereditatis petitione qualificata. Wenn der Beſitzer der Erbſchaft ein ihm zuſtändiges Erbrecht als den Grund ſeines Beſitzes vorwendet, und dieſes Erbrecht auf ein Teſtament des Verſtorbenen gründet, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß derjenige, welcher die Erbſchaftsklage gegen den Beſitzer anſtellen will, dieſes Teſtament anfechten müſſe. Er muß alſo zeigen, entweder, daß das Teſtament ungültig, oder, daß es pflichtwidrig ſey. Im erſten Falle wird die Erbſchaftsklage querela nullitatis, im letztern querela inofficiosi testamenti genannt[a]).

a) Es entſteht hier vor allen Dingen die Frage, ob es denn etwas weſentlich Verſchiedenes ſey, ein Teſtament als ungültig oder als pflichtwidrig anzufechten; nicht vielmehr Pflichtwidrigkeit nur eine beſondere Art, ein beſonderer Grund der Ungültigkeit ſey? Das Erſtere iſt nach Obigem ohne Zweifel die Anſicht des verewigten Verfaſſers geweſen, wie erhellt, wenn man deſſen Aeußerung im §. 960. vergleicht, wo er die qu. inofficiosi als ein Rechtsmittel bezeichnet, welches die Reſciſſion eines gültigen Teſtaments zum Zweck hat. Es wird alſo Alles auf den Unterſchied zwiſchen einem Teſtament, das nichtig iſt, und dem, welches reſcindirt werden kann, ankommen, und man muß ſich vor allen Dingen über den Unterſchied zwiſchen dieſen beiden Arten der Ungültigkeit verſtändigen, wenn man die obige Frage mit Beſtimmtheit beantworten will. Nichtigkeit bezeichnet in juriſtiſcher Bedeutung jeden Falls einen höhern Grad der Unwirkſamkeit eines Acts. Ein nichtiges Geſchäft iſt als gar nicht vorhanden anzuſehen; es kann zu keiner Zeit eine Wirkung

hervorbringen, iſt demnach von dem Augenblick an, mit welchem es vollendet ward, ungültig, und kann auch in der Zukunft dadurch nicht gültig werden, daß die, welche benachtheiligt werden würden, wenn es gültig wäre, daſſelbe nicht anfechten oder gar genehmigen, l. 29. 201. D. de R. I. Ein Geſchäft, das reſcindirt werden kann, bleibt dagegen, ſo lange es nicht angefochten wird, gültig; anfechten kann es in der Regel nur der, welcher durch daſſelbe unmittelbar betheiligt worden iſt; aber auch dann kann es theilweiſe gültig bleiben; wie denn auch daſſelbe durch Verzicht von Seiten deſſen, welcher Reſciſſion zu beantragen das Recht hat, gültig werden kann, und ſo lange eine beſtimmte Erklärung des Betheiligten nicht vorliegt, rückſichtlich ſeiner Gültigkeit in suspenso bleibt; obwohl übrigens die Reſciſſion, wenn ſie wirklich nachgeſucht wird, ſowohl ex nunc als ex tunc erfolgen kann. Es kann und ſoll aber nicht geleugnet werden, daß dieſe Verſchiedenheiten zwiſchen dem, was nullum und rescindendum iſt, von den Geſetzen und den Rechtslehrern nicht in allen Verhältniſſen feſtgehalten worden ſind; daß vielmehr in manchen Fällen von einer Nullität die Rede iſt, die in ihren Folgen mehr einer Reſciſſion ſich nähert, und daher auch wohl mit dem Namen reſpectiver Nullität bezeichnet wird; während auf der andern Seite ein negotium, das ex tunc reſcindirt wird, mehr das Anſehen eines nichtigen gewinnt. Die Anwendung dieſer Sätze auf ungültige Teſtamente und eben ſo auf Erbverträge iſt leicht. Doch iſt, was nichtige Teſtamente betrifft, noch beſonders zu bemerken, daß die Regel des ſtrengen Rechts, zu Folge deren ein Teſtament, welches unwirkſam geweſen ſeyn würde, wenn unmittelbar nach deſſen Errichtung der Teſtirer verſtorben wäre, durch das prätoriſche Recht bedeutend modificirt worden iſt; vgl. §. 693. 728. Eben ſo verdient bemerkt zu werden, daß nach ſächſ. Recht nicht jedes Teſtament, welches nach gemeinem Recht als nichtig gelten würde, Ungültigkeit ſämmtlicher in demſelben enthaltener Beſtimmungen nach ſich zieht; vgl. not. a. zu dem folg. §. Ob aber und inwieweit Inofficioſität das Teſtament nichtig mache, oder bloß ein Recht Reſciſſion deſſelben zu fordern begründe? davon wird in dem Folgenden die Rede ſeyn. Ueber das, was querela nullitatis und inofficiosi mit einander gemein haben, und worin ſie ſich unterſcheiden (wobei aber häufig nur die qu. inofficiosi des ältern römiſchen Rechts berückſichtigt worden iſt), vgl., außer den §. 960. not. a. angef. diss. von Reinhardt und Breuning, Haubold de differentiis inter test. nullum et inofficiosum. L. 1784. in opusc. I. n. 1. Glück VII. §. 558. S. 308. XXXVII. §. 1425. b. S. 289. ff.

§. 959.

I. Die Querela nullitatis ſetzt voraus, daß das Teſtament **ungültig** ſey, mithin dem Beklagten entweder gar kein Erbrecht, oder, ſofern er auch in eben dem Grade, als der Kläger, ein Inteſtaterbe iſt, doch nicht in der Maaße zuſtehe, als ihm ſolches, vermöge des Teſtaments, wenn daſſelbe gültig wäre, zuſtehen würde. Die Fälle nun, in welchen ein Teſtament oder die darin enthaltene Erbeinſetzung entweder vom Anfange an ungültig war, oder durch ein nachfolgendes Ereigniß ſeine Gültigkeit verloren hat, ſind oben angezeigt worden (§. 676. 725. sqq.)[a]). Hier bemerken wir nur ſo viel: 1) daß, wenn der Kläger ſein Erbrecht ſowohl, als die Ungültigkeit des vom Beklagten producirten Teſtaments erwieſen, nach Verſchiedenheit der Umſtände entweder die Inteſtaterbfolge eintrete, oder, daſern Klägers Erbrecht auf einem Teſtamente oder Erbvertrage[b]) beruht, dieſem nachgegangen werde; 2) daß ſolchenfalls der Beklagte die Erbſchaft, oder den Theil derſelben, welchen er zu Folge des ungültigen Teſtaments unbefugter Weiſe in Beſitz genommen, nach einem zu Recht beſtändigen Inventarium, oder einer eidlichen Specification mit allen Zubehörden und Nutzungen in der obgedachten Maaße (§. 956.) auszuantworten ſchuldig ſey; 3) daß die querela nullitatis auch auf die Erben, active ſowohl als passive[c]), (ſofern nämlich des Beſitzers Erben den unbefugten Beſitz fortſetzen) übergehe, und binnen 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen verjähre[d]).

a) Der Fall eines test. destitutum gehört wenigſtens nach ſächſ. Recht zu denen, in welchen nur die heredis institutio wegfällt, §. 727. II. Eben dies galt ſchon nach älterm ſächſ. Recht in Anſehung der Teſtamente, in welchen Kinder oder Eltern präterirt oder übergangen, oder nicht gebührlich eingeſetzt waren, c. 9. p. III.; vgl. §. 709.

b) Wenn der Anſpruch des Klägers auf Erbvertrag ſich gründet, ſo kommt natürlich nichts darauf an, ob ein Teſtament, welches dem Erbvertrag entgegen ſteht, früher oder ſpäter errichtet worden iſt; vgl. 729. a. E. §. 834. not. c. §. 946. not. e. Eben ſo wenig kommt darauf etwas an, ob das Teſtament an ſich gültig errich-

tet worden ſey oder nicht. Gründet ſich aber der Kläger auf ein Teſtament, ſo wird in der Regel ein Teſtament vorausgeſetzt, welches gültig und ſpäter errichtet worden iſt, als das, aus welchem der Beklagte die Erbſchaft detinirt; und nur die Fälle bleiben ausgenommen, in denen der Beklagte auf ein ſpäteres Teſtament ſich gründet, welches effectum rumpendi nicht hat; vgl. §. 729. not. b. §. 730.

c) Glück VII. §. 551. S. 308. XXXVII. §. 1425. b. S. 261. 264.

d) l. 3. C. de praest. XXX. 1. XL. ann. Böhmer de actionibus. Sect. II. cap. 3. §. 50. Glück VII. S. 308. XXXVII. §. 1425. b. S. 292.

§. 960.

II. Die Querela inofficiosi testamenti iſt diejenige Klage, welche die Reſciſſion eines gültigen, aber pflichtwidrigen Teſtaments zum Zweck hat [a]). Pflichtwidrig nennt man ein Teſtament, wenn diejenigen Perſonen, welchen der Pflichttheil gebührt, in der gehörigen Form und aus einer geſetzlichen Urſache darin enterbt worden ſind (§. 705. sqq.) [b]); die angeführte Enterbungsurſache aber nicht in der Wahrheit beruht, mithin von den eingeſetzten Erben nicht erwieſen werden kann [c]). In allen übrigen Fällen verletzter Notherbenrechte tritt die auf N. 115. gegründete querela nullitatis ein [d]).

a) Petr. de Toullieu de querela inoffic. test. in *collectan.* n. 5. Tob. Jac. Reinharth de querelarum nullitatis et inofficiosi test. differentiis, et usu earumdem practico. Goetting. 1736. Breuning D. cont. differentias juris Rom. et germ. in legitima et querela inoffic. test. liberorum. Lips. 1762. Jac. van de Poll de querelae inofficiosi origine et indole. Lugd. Bat. 1783. Püttmann adversar. L. I. p. 100. sqq. Pufendorf Obs. P. II. Obs. 9. Stein von pflichtwidr. Teſtamenten. Erlangen 1798. §. 20. ff. Moller Lehre v. Pflichttheile II. §. 155. ff. Glück VII. §. 552. XXXV. §. 1421. e. XXXVII. §. 1425. b. S. 241. ff. Reinharth Ergänz. II. S. 327. Francke Notherbenrecht §. 15—24. §. 29. 30. Ueber die qu. inoff. des ältern Rechts insbeſondere Zimmern in deſſen und Neuſtetel römiſch-rechtl. Unterſuch. n. III. S. 46—57. Klenze diss. querelae inoff. test. natura ex princip. jur. Rom. Ante-Just. eruta. Berol. 1820. Schneider die allg. ſubſidiar. Klagen des röm. Rechts. Roſtock 1834. II. Cap. 4. S. 417. ff.

b) Der Anſpruch der Pflichttheilsberechtigten und das damit in Ver-

bindung ſtehende Recht, ein Teſtament als inofficiosum anzufechten, war nicht zu allen Zeiten das nämliche. Die wichtigſte Veränderung trat mit der N. 115. ein. Die querela inofficiosi test. des ältern Rechts war allerdings ein Rechtsmittel, durch welches ein testamentum, das an ſich rechtsbeſtändig war, jure conditum, reſcindirt ward. Durch dieſelbe ward zwar das ganze Teſtament aufgehoben, d. h. weder Legate noch andre in demſelben enthaltene Dispoſitionen blieben gültig, aber nur auf Antrag des betheiligten Notherben, der durch die angeſtellte und durchgeführte Querel in der Regel nicht mehr als die Erbportion erlangte, welche er ab intestato erlangt haben würde, ohne daß eigentlich im Allgemeinen successio ab intestato eintrat. Davon war die Folge, daß, wenn neben dem Notherben, welcher von der Querel Gebrauch gemacht hatte, mehrere gleichberechtigte Notherben vorhanden waren, welche nicht klagen konnten, oder doch der Klage nicht oder nicht mit Erfolg ſich bedient hatten, deren Antheil bei dem eingeſetzten Erben blieb, ſo daß eine ſonſt reprobirte Concurrenz der succ. ab intestato und a testato eintrat, bei welcher der Teſtamentserbe und der Notherbe, welcher die qu. inoff. durchgeführt hatte, als Miterben concurrirten, l. 15. §. 2. l. 24. D. de inoff. test. Dies ſtimmte freilich mit dem color insaniae, welcher von mehrern Rechtsgelehrten als Grund der qu. inoff. angeführt ward, l. 2. D. de inoff. test., und aus welchem man wieder ein gewiſſes odium der qu. inoff. herleitete, welches durch Beſchränkung der transmissio und die kurze Verjährungszeit (§. 965.) ſich kundgab, nicht recht wohl überein. Allein man weiß, daß die ratio, welche von einzelnen römiſchen Juriſten zur Rechtfertigung mancher Sätze angeführt zu werden pflegt, nicht immer die adäquateſte iſt, und die Sache ſelbſt ſpricht deutlich genug für die obige Anſicht; vgl. Mühlenbruch und Francke a. a. O., womit indeß das zu vergleichen iſt, was in dieſer Beziehung von Schneider ſubſid. Klagen des röm. Rechts S. 432. ff. angeführt wird. Nach der N. 115. aber tritt, wenn die Vorſchriften der N. verletzt worden ſind, Ungültigkeit der Erbeinſetzung und ſtatt derſelben Inteſtaterbfolge ein, welche nicht bloß dem verletzten Notherben, ſondern allen zur Inteſtaterbfolge Berufenen zu Statten kommt. Daher nehmen die neuern Rechtslehrer, beſonders Francke und Mühlenbruch, im Fall einer Nichtbeobachtung der N. 115. eine, wenn auch nicht allſeitige, doch reſpective Nullität des Teſtaments an, obgleich die Ausdrücke, in welchen das Geſetz über dieſen Punkt ſich äußert, von der Art ſind, daß man ſie durch das lateiniſche rescindere überſetzen könnte. Ob nun aber die alte querela inoff. durch N. 115. gänzlich aufgehoben, und ſtatt derſelben ein anderes Rechtsmittel, die ſogenannte querela nullitatis juris novi, eingeführt worden ſey? das iſt der Punkt, über welchen die Vertheidiger des Inofficioſi-

täts= und Nullitätsſyſtems ſtreiten, vgl. §. 709.; den daſelbſt angeführten Schriften verdient noch hinzugefügt zu werden J. N. Schedel de eo, quod circa exheredat. et praeterit. N. 115. mutatum est. Giess. 1725. Inzwiſchen iſt gleichwohl zu bemerken, daß die meiſten Anhänger des Inofficioſitätsſyſtems die dauernde Anwendbarkeit der alten qu. inofficiosi mit Modificationen annehmen, durch welche dieſelbe der qu. null. juris novi ſich nähert. Dahin gehört 1), daß qu. inoff., wie die qu. null., nur die heredis institutio aufhebt; vgl. §. 763. 2) Daß ſie eben ſo wie qu. null. vorausſetzt, der beeinträchtigte Notherbe habe den Anfall der Erbſchaft erlebt; vgl. §. 693. not. e. Damit iſt freilich nicht geſagt, daß nach dem Wegfall dieſes Notherben nicht ein andrer ebenfalls unbedacht gebliebener Notherbe das Teſtament für ſeine Perſon anfechten könne; aber Namens des Weggefallenen kann überall kein Rechtsmittel gegen das Teſtament Statt finden. 3) Daß der Beweis der Wahrheit einer Enterbungsurſache immer dem eingeſetzten Erben obliege, ſ. §. 709. 4.

c) pr. l. l. 2. 3. D. de inoff. test. Die hier vorgetragene Anſicht hat allerdings viel für ſich. Denn der Fall, in welchem es bloß um die Wahrheit einer Enterbungsurſache ſich handelt, iſt der, in welchem ein test. jure conditum, wie bei der alten qu. inoff. vorausgeſetzt ward, vorzuliegen ſcheint, da man Wahrheit der Enterbungsurſache doch nicht wohl als ein formale testamenti betrachten kann. Wenn man dagegen anführt, es hänge von dem Teſtirer ab, durch eine Lüge zu bewirken, daß ein verletzter Notherbe entweder ſich beruhigen, oder gegen das Teſtament der querela inoff. ſich bedienen müſſe, ſo iſt dies freilich wahr. Aber wo iſt ein Geſetz oder überhaupt ein Rechtsſatz, der nicht auf ähnliche Weiſe gemißbraucht werden könnte?

d) Vgl. §. 692. — Das, was in den folgenden §§. über qu. inofficiosi geſagt wird, geht von der Vorausſetzung aus, daß die qu. inofficiosi des ältern Rechts, wenn ſchon mit einigen Modificationen auch nach der N. 115. noch fortbeſtehe. Mehrere der aufgeſtellten Sätze ſind in der That nur für die qu. inoff. des ältern Rechts erweislich. Es wird aber nicht unnütz ſeyn, in den Anmerkungen zu den folgenden §§. dasjenige hervorzuheben, was bei dem remed. null. juris novi anders ſeyn müßte; damit man hiermit zu einer allgemeinen Ueberſicht der Sätze gelange, welche auf Teſtamente, die wegen verletzter Notherbenrechte ungültig ſind, angewendet werden müſſen.

§. 961.

Die Klage wegen pflichtwidrigen Teſtaments kann nur von Perſonen angeſtellt werden, denen der Pflichttheil ge=

bührt. Dies ſind nach gemeinem Recht, ſo weit dies noch gegenwärtig in Sachſen gültig iſt, Kinder und Eltern [a]), nicht mehr aber die Geſchwiſter, denen nach gemeinem Recht, wenn ſie übergangen oder enterbt worden waren, und dem Teſtirer eine turpis persona vorgezogen worden war, ebenfalls ein Anſpruch gegen das Teſtament zuſtand [b]). Kinder und Eltern alſo, die aus einem der geſetzlich anerkannten Gründe enterbt worden ſind, haben, wenn ſie die Wahrheit des angegebenen Enterbungsgrundes beſtreiten [c]), das Recht, das Teſtament als pflichtwidrig anzufechten; während in dem Fall, wenn ſie übergangen, ſo wie, wenn ſie entweder ohne Anführung irgend eines Grundes, oder ohne Anführung eines geſetzlich gebilligten Grundes enterbt worden ſind, das Teſtament null und nichtig iſt [d]). Mehrere Pflichttheilsberechtigte ſind zu der Klage gegen ein die Pflichttheilsrechte verletzendes Teſtament in derſelben Maaße berechtigt, in welcher ſie ohne Teſtament zur Inteſtaterbfolge berechtigt geweſen ſeyn würden [e]). Gleichberechtigte können daher gleichzeitig die ihnen zukommende Inteſtatportion [f]), auch wohl vermöge des jus accrescendi [g]), den Antheil eines weggefallenen Mitberechtigten einklagen. Entferntere Pflichttheilsberechtigte treten durch Succeſſion erſt nach Wegfall des nahe Berechtigten ein [h]), vorausgeſetzt, daß dieſer nicht etwa rechtsgültig ausgeſchloſſen worden iſt und den Anfall der Erbſchaft erlebt hat [i]). Hiernach iſt denn zu beſtimmen, welche Wirkung der nach deferirter Erbſchaft eintretende Wegfall eines Pflichttheilsberechtigten, der von ſeinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, hervorbringe. Der Wegfall iſt nämlich eingetreten: A) durch den Tod. Hier tritt jus accrescendi der Gleichberechtigten [k]), und in Ermangelung derſelben eine successio der nachberechtigten Pflichttheilserben ein [l]), wenn ſie nicht durch Transmiſſion ausgeſchloſſen werden [m]); B) durch Verzicht [n]). Dieſe bindet die Erben des Verzichtenden, ſelbſt wenn auch ſie in die Claſſe der Pflichttheilsberechtigten gehören ſollten [o]). Eben ſo ſteht ſie den nachberechtigten Pflichttheilserben entgegen [p]). Was aber Gleichberechtigte anlangt, ſo entſcheidet entweder

jus accrescendi [q]), oder es bleibt quaestio facti, zu weſſen Gunſten Verzicht erfolgt ſey [r]); C) durch Verjährung des Klagrechts; in welchem Fall nur eine successio der nachberechtigten Pflichttheilserben denkbar iſt [s]).

a) Vgl. §. 693.

b) Vgl. §. 693. 704.

c) Vgl. §. 960. not. c.

d) Dabei entſteht nun wieder die Frage, ob eine Nullität im Sinne des alten Rechts wie bei übergangenen suis, oder eine querela nullitatis im Sinne der N. 115.? Hier kommen die divergirenden Anſichten der Vertheidiger des Corrections- und Nullitätsſyſtems und die verſchiedenen Meinungen, welche zwiſchen dieſen Anſichten in der Mitte liegen, in Betracht; vgl. §. 692. not. s. §. 709. Daß diejenigen in der N. 115. erwähnten Perſonen, welche nach älterm Recht nicht wie sui ein förmliches Notherbenrecht (§. 692. B.) hatten, wenn ſie nicht auf geſetzliche Weiſe ausgeſchloſſen waren, eine Nullität im Sinne des ältern Rechts nicht herbeizuführen vermögen, ſcheint ausgemacht; vgl. §. 709. not. c., und nur darüber herrſcht Streit, inwiefern, um das Teſtament gegen den Einwand der Nichtigkeit zu ſchützen, förmliche Enterbung ſolcher Perſonen nöthig ſey? vergleiche §. 705. not. a. Am richtigſten ſcheint aber, überall nur eine Nullität im Sinne der N. 115. anzunehmen; vgl. §. 709. not. a. b. Demnach würden in dieſer Beziehung qu. null. und inoff. gleich ſtehen.

e) Der Grund iſt, weil nach der N. 115. wegen Verletzung der Notherbenrechte die Inteſtaterbfolge herbeigeführt wird, N. 115. cap. 3. §. 14. a. E. cap. 4. §. 8. in fin.; vgl. §. 692. not. s. §. 709. not. b. §. 841. sqq. §. 846. sqq. E. Schrader de nexu success. ab intest. et querelae inoff. test. Goetting. 1802.

f) Aber immer ſo, daß er wegen dieſes Erbtheils für die Legate zu haften hat; vgl. §. 960. not. a. §. 964.

g) Vgl. §. 697. not. a. Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1498. 1499. S. 360.

h) Vgl. §. 840. Der Grund der successio der verletzten Notherben iſt der freilich nicht a priori zu demonſtrirende Satz, daß der Teſtirer, welcher den nächſten Notherben auszuſchließen berechtigt iſt, doch den folgenden Notherben bedenken müſſe, ehe er einem, der nicht Notherbe iſt, etwas zuwendet. Auch bei der alten querela inoff. gab es ein jus accr. und eine successio; vgl. §. 693. not. f. und §. 840. Schrader diss. I. Schweppe de querela inoff. test. successori necess. concedenda. Goetting. 1803. Francke §. 21. Glück VII. §. 554. 557. Mühlenbruch XXXV.

§. 1421. e. S. 399. ff. Allein das jus accrescendi und die successio, ſo ſehr auch Beides da in der Ordnung zu ſeyn ſcheint, wo, wie nach der N. 115., Inteſtaterbfolge im Allgemeinen eintritt, hat bei der alten qu. inoff., die nur auf Gewährung der dem Kläger ab inlestalo gebührenden Erbportion ging, etwas Anomales. Namentlich iſt man um den Grund verlegen, den hier das jus accrescendi haben konnte. Denn wenn der Erbtheil des wegfallenden Notherben (dieſer, nicht das Klagrecht accreſcirt, vgl. Francke a. a. O. S. 271.) bei dem eingeſetzten Erben blieb, ſo konnte man nicht ſagen, daß der Teſtirer wenigſtens theilweiſe unbeerbt ſterbe; und daß dann zugleich a testalo und ab inlestalo ſuccedirt ward, machte hier keine Schwierigkeit; vgl. §. 960. not. b. Uebrigens iſt auch das, was in den Pandecten über jus accr. und successio bei der alten querela inoff. ſich findet, ziemlich dürftig und unbefriedigend. Inzwiſchen ſcheint Francke §. 30. S. 387. und Mühlenbruch XXXVII. §. 1425. b. S. 264. 268. der Meinung zu ſeyn, daß auch nach der N. 115. eine successio nicht anzunehmen ſey, weil, wenn auch nach dem Sinn der N. dem Reſultate nach immer succ. ab inlestalo eintreten ſolle, doch ein entfernterer Notherbe nicht zur Succeſſion berufen ſey. Dies Argument ſcheint etwas zu viel, nämlich auch das zu beweiſen, daß auch bei der gewöhnlichen Inteſtaterbfolge die successio ausgeſchloſſen ſey, wenn man nicht etwa auch hier ein odium querelae zu Hülfe nimmt. In Sachſen wird freilich nach neuerm Recht in den meiſten Fällen eine successio nicht Statt finden; vgl. not. n. q.

i) l. 9. §. 2. D. de lib. et posth. her. inst. l. 6. pr. D. de injusto rupt. irr. test. Glück VII. §. 554. S. 381. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425. b. S. 265. gegen Francke §. 30. S. 388.

k) Francke a. a. O. S. 387. Mühlenbruch a. a. O. S. 261. Von dem Fall, wenn der verletzte Notherbe vor deferirter Erbſchaft wegfällt, ſ. §. 960. not. b. in fin.

l) Dies ſcheint wenigſtens der gemeinrechtlichen Inteſtaterbfolge am angemeſſenſten; vgl. §. 840. S. 596. Mühlenbruch erwähnt a. a. O. dieſen Fall gar nicht. Francke berührt denſelben S. 387. und meint, daß successio auszuſchließen ſey; dies konnte er ſchon darum, weil nach ſeiner Annahme überall transmissio eintritt, was dagegen Mühlenbruch (vgl. die folgende Note) nicht zugiebt.

m) Nach gemeinem Recht iſt dies allemal der Fall bei suis heredibus; bei Andern nur nach erfolgtem Antritt oder Präparation der Klage; vgl. §. 908. 965. Mühlenbruch a. a. O. S. 262. In Sachſen wird nach Erbg. §. 124. immer Erbſchaftsantritt erfordert.

n) Mühlenbruch a. a. O. S. 264. 268. Francke S. 387.; vgl. auch oben §. 732. b.

o) Mühlenbruch a. a. O. S. 268.

p) Mühlenbruch a. a. O. 264. Francke a. a. O. S. 288. In Sachſen ſcheint auch hier das Erbgeſ. §. 111. anwendbar, denn der daſelbſt gebrauchte Ausdruck Erbportion ſcheint auch für den Pflichttheil gültig. Dem zufolge würde, wenn es um den Pflichttheil der Kinder ſich handelte, successio der entferntern Deſcendenten eben ſo, wie transmissio ausgeſchloſſen ſeyn. Wäre dagegen die Rede von dem Pflichttheil der Eltern, ſo würde successio des Entferntern eintreten. Denn nach dem Geſetz iſt anzunehmen, daß der Verzichtende vor dem Erblaſſer verſtorben ſey. Nach dieſer Annahme würde im Allgemeinen der nächſte Inteſtaterbe als zur Erbſchaft berufen anzuſehen ſeyn. Allein da in cl. 1. auch die Deſcendenten ausgeſchloſſen bleiben ſollen, ſo fällt unter den Kindern die successio graduum weg, und nur eine succ. ordinum der etwa vorhandenen Pflichttheilsberechtigten aus der Claſſe der Adſcendenten iſt gedenkbar. Bei der Claſſe der Adſcendenten findet die Beſchränkung des Erbg. nicht Statt; daher gilt in dieſer Claſſe eine successio graduum.

q) Mühlenbruch a. a. O. S. 268. Das jus accrescendi tritt aber freilich nur dann ein, wenn der Verzichtende nicht ſchon als Erbe den ihm gebührenden Antheil erworben hat. Daher fällt daſſelbe nach gemeinem Recht immer dann weg, wenn der Pflichttheilsberechtigte suus heres war; was jedoch in Sachſen nach dem Erbg. §. 124. geändert iſt.

r) Vgl. §. 906. not. b. Nach Mühlenbruch a. a. O. iſt in dubio anzunehmen, daß der Verzicht zu Gunſten des eingeſetzten Erben bewirkt, dieſem die querela gleichſam cedirt worden ſey; vgl. §. 732. b. not. l.

s) l. 23. §. 2. D. de inoff. test. Hier iſt freilich die Rede von der kurzen fünfjährigen Verjährung. Bei der Verjährung, welche nach §. 959. für die qu. nullitatis gilt, wird der Fall in praxi ſelten vorkommen. Daß nur Nachberechtigte hierbei in Betracht kommen, iſt leicht einzuſehen, da für Gleichberechtigte die Verjährung gleichzeitig abläuft. Nimmt man übrigens an, daß der, welcher die Verjährungszeit ablaufen läßt, als verzichtend anzuſehen ſey, ſo wird das not. q. Angeführte in Anwendung zu bringen ſeyn.

§. 962.

Die Klage des pflichtwidrigen Teſtaments wird gegen den eingeſetzten Erben angeſtellt[a]), es mag nun dieſer ſelbſt ein Notherbe, oder eine fremde Perſon ſeyn. Doch ergiebt ſich von ſelbſt, daß, wenn ein Notherbe mit einem Extraneo zugleich eingeſetzt worden, die Klage nur gegen den Letztern

angeſtellt werden könne, da erſterer auch ab intestato mit dem Kläger ein gleiches Erbrecht haben würde [b]).

a) Dies iſt namentlich der Fall in Anſehung der alten querela inoff. test. Glück VII. §. 552. Francke §. 22. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. e. S. 352.; wogegen die qu. null. juris novi, wie die eigentliche hered. petitio gegen jeden Beſitzer der Erbſchaft Statt finden ſoll. Francke §. 29. S. 379. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425. b. S. 255.

b) l. 19. D. de inoffic. test. Böhmer de actionib. Sect. II. cap. 3. §. 36. Vgl. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425. b. S. 270.

§. 963. (964. d. v. Ausg.)

Der Zweck der Klage geht dahin, daß das Teſtament, ſoweit der Kläger hierdurch lädirt iſt, reſcindirt, und letzterer für den Inteſtaterben erklärt werde. Sofern alſo das Teſtament durch richterlichen Ausſpruch für pflichtwidrig anerkannt wird, ſo iſt der Beklagte denjenigen Theil der Erbſchaft, welchen der Kläger ab intestato erhalten haben würde [a]), oder, wenn letzterer im Falle der Inteſtaterbfolge heres ex asse geweſen wäre, die ganze Erbſchaft, nach einem zu Recht beſtändigen Inventarium oder einer eidlichen Specification demſelben auszuantworten ſchuldig. Hingegen bleiben die Vermächtniſſe, ſo wie alle übrige Verordnungen des Teſtaments, bei Kräften [b]).

a) l. 8. §. 8. l. 19. l. 23. §. 2. D. de inoffic. test. Hofacker §. 1699. Vinnius quaest. II. 20. 21. Valett Notherbenr. §. 36. Inmittelſt nehmen doch die meiſten Rechtslehrer an, daß ſolchenfalls die ganze Erbeinſetzung reſcindirt werde, und nun die gewöhnliche Inteſtaterbfolge eintrete. S. Koch de succ. ab int. Auctar. I. p. 220. und die daſelbſt angezogenen Schriftſteller, womit jedoch deſſen bonor. possessio §. 8. S. 136. ff. zu vergleichen. Der letztern Meinung pflichten auch die neueſten Schriftſteller über das Notherbenrecht, Francke §. 30. Mühlenbruch §. 1425. b. S. 253. 266. ff., bei. Und in der That ſcheint ſie den Worten, wie dem Sinn der N. 115. gleich angemeſſen, beſonders wenn man ſich zu der Correctionstheorie bekennt und annimmt, daß durch erwähnte Novelle das alte Notherbenrecht radical beſeitigt worden ſey. Zu leugnen iſt aber gleichwohl nicht, daß man bei Annahme dieſer Meinung auf große Schwierigkeiten rückſichtlich der Beantwortung der Frage ſtößt: ob und inwieweit an der Kraft der N. 115. eintretenden Inteſtaterbfolge auch Perſonen Theil neh=

men, welche zwar gleichberechtigt als Inteſtaterben ſind, jedoch kein Recht auf die Querel haben, wie Inteſtaterben, die nicht auch Notherbenrechte haben; oder Notherben, welche nicht geklagt haben, rechtsbeſtändig enterbt (vgl. über dieſen Fall Breuning diss. an hisce exheredat. filius succedat rescisso patris testam. a filio altero inique exheredato. L. 1766.), mit der bereits erhobenen Querel abgewieſen worden, oder durch Verzicht oder Verjährung ausgeſchloſſen ſind. Die Frage zerfällt in zwei andere: 1) Kann ein Inteſtaterbe, der nicht zugleich Notherbenrechte hat, durch ſeinen Antrag bewirken, daß die nach der N. anzunehmende Nullität der Erbeinſetzung und in Folge derſelben Inteſtatſucceſſion eintrete, ohne daß von einem verletzten Notherben desfalls ein Antrag geſtellt worden iſt; 2) kann, wenn von einem Betheiligten die querela durchgeführt worden iſt, an der nun eintretenden Inteſtatſucceſſion auch ein Notherbe Theil nehmen, der aus einem der oben angegebenen Gründe zur Querel nicht berechtigt war? Je leichter dieſe Fragen nach dem Inofficioſitätsſyſtem und zwar verneinend beantwortet werden können, deſto ſchwieriger iſt die Beantwortung nach der Nullitätstheorie; vgl. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425. b. S. 271. ff., welcher der vorgebrachten Zweifelsgründe ungeachtet am Ende dennoch an der Nullitätstheorie feſthält und beide Fragen bejahend beantwortet, mit der alleinigen Beſchränkung hinſichtlich eines bereits abgewieſenen Notherben, welchem exc. rei judicatae entgegenſteht. Dagegen wird die von Francke S. 386. vertheidigte und auch in der Praxis anerkannte Ausnahme, daß wenigſtens in dem Fall eines von dem zur Querel berechtigten Notherben geleiſteten Verzichts, die als Inteſtaterben Gleichberechtigten, welchen aber die Querel nicht zuſteht, ausgeſchloſſen bleiben, verworfen. So wahr es iſt, daß man durch Anerkennung dieſer Ausnahme der Inofficioſitätstheorie ſich nähert, ſo ſieht man doch nicht ein, warum man nicht hier, wo es überhaupt nur um eine relative, d. h. beſchränkte, Nullität ſich handelt, dieſe anderweite Beſchränkung anzuerkennen großes Bedenken haben ſollte?

b) Nov. 115. c. 3. u. 4. c. 9. p. III. Francke a. a. O. S. 389. Mühlenbruch a. a. O. S. 284. Daher bleiben auch codicilli a testato gültig; vgl. Breuning diss., an resciss. test. per quer. inoff. corruant cod. a test. L. 1772. Ob die Vermächtniſſe ſelbſt dann bei Kräften bleiben, wenn die Geſchwiſter qu. inoff. angeſtellt haben, iſt nach gem. Recht nicht unbeſtritten; doch entſcheidet die Praxis dafür; vgl. Berger Oec. II. 4. 17. 12. in fin. Leyſer sp. 93. m. 2. Bauer diss. cit. §. 20. Mühlenbruch §. 1425. d. In Anſehung der Vermächtniſſe entſteht noch die Frage, 1) ob von ſolchen Legaten qu. Falcidia abgezogen werden könne? eine Frage, welche ohne Zweifel zu bejahen iſt; vgl. §. 787.; 2) ob auch die dem Notherben ſelbſt ausgeſetzten Legate

gültig bleiben? vgl. §. 794. 948. Francke S. 389. verneint dieſes; a. M. iſt Mühlenbruch a. a. O. S. 284.; 3) welche Klage den Legatarien zur Erlangung der Legate zuſtehe? vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 289. Auf den Namen der Klage kommt natürlich nichts mehr an; ſie iſt aber als Analogon der act. personalis ex test. zu betrachten, und hat als ſolche auch die der letztern zuſtändigen Vorrechte; alſo auch nach gem. Recht, die ſtillſchweigende Hypothek; ſo wie ſie auch nach ſächſ. Recht die §. 781. erwähnte Verpflichtung des Richters und Erben herbeiführt. Es fragt ſich aber auch, inwiefern andere teſtamentariſche Verfügungen, wie Subſtitutionen und Vormundſchaftsernennungen, bei Kräften bleiben? Was Letztere betrifft, ſo iſt h. z. T., wo auch bei der durch Teſtament erfolgten Ernennung eines Vormunds immer das Ermeſſen des Richters eintritt, die Sache nicht von großer Erheblichkeit. Vulgärſubſtitutionen fallen ohne Zweifel, wie die heredis institutio, weg; dagegen ſollen Pupillarſubſtitutionen bei Kräften bleiben. Glück VII. §. 557. Francke S. 389. Mühlenbruch a. a. O. S. 283.

§. 964. (965. d. v. Ausg.)

Da die Querel des pflichtwidrigen Teſtaments eine Enterbung, folglich eine Ausſchließung von der ganzen Erbſchaft vorausſetzt (§. 705.), ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß, ſofern die Perſonen, welchen der Pflichttheil gebührt, zu Erben eingeſetzt worden, von dieſen die gedachte Klage nicht angeſtellt werden könne, wenn auch der Betrag des hinterlaſſenen Erbtheils noch ſo gering ſeyn ſollte [a]). Hingegen haben die bemeldeten Perſonen die ſogenannte actio suppletoria oder expletoria [b]), d. h. ſie ſind in dem Falle, da ihnen weniger als der Pflichttheil hinterlaſſen worden iſt [c]), gegen den Miterben, durch deſſen Einſetzung die Verletzung im Pflichttheile verurſacht worden iſt [d]), auf deſſen Ergänzung zu klagen berechtigt [e]), dergeſtalt, daß letzterer dem Kläger ſoviel, als dieſem an dem Pflichttheile noch ermangelt, herausgeben muß [f]). Dieſe Klage geht auch auf die Erben über, und dauert 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage [g]).

a) Gönner Rechtsf. I. n. 14. Daß nach gem. Recht Geſchwiſter in dem Falle, da eine turpis persona eingeſetzt worden, die Querel nicht anſtellen können, wenn ihnen ein Vermächtniß oder ſonſt quocunque titulo etwas im Teſtamente ausgeſetzt worden iſt, fol-

gert man daraus, weil ehedem der Pflichttheil nicht gerade titulo institutionis hinterlaſſen zu werden brauchte, §. ult. I. l. 8. §. 6. D. l. 30. C. de inoff. test. (vgl. §. 699. not. e.), was durch N. 115. nur in Anſehung der Eltern und Kinder geändert worden ſeyn ſoll; Berger Oec. II. 4. 17. not. 3. 4. Wernher p. IX. obs. 99. Francke §. 25. Eltern und Kinder hingegen können des Vermächtniſſes ungeachtet die gedachte Klage, ſofern ſie ſonſt dazu berechtigt ſind, allemal anſtellen. Es iſt indeß nicht ganz unbeſtritten, ob die Notherben auch dann mit der act. suppletoria ſich begnügen müſſen, wenn ſie zwar bedacht, aber nicht als Erben eingeſetzt, oder nicht förmlich enterbt worden ſind. Bejahet wird dieſe Frage von Glück VII. §. 550. S. 144. §. 551. S. 329. Francke §. 26. S. 341. A. M. iſt aber Mühlenbruch XXXVI. §. 1421. f. S. 19. XXXVII. §. 1422. S. 105.; vgl. Fuhr in Linde's Zeitſchr. VII. 9.

b) l. 30. C. de inoff. test. Gabr. Schweder D. de condictione ex lege liberis ad supplementum legitimae competente. Tub. 1696. in deſſen diss. I. 12. Weſtphal von Teſtamenten §. 608—610. G. F. de Schleinitz de actione, qua ad suppl. legit. agitur. Goett. 1819. Glück VII. §. 550. S. 142. ff. Mühlenbruch XXXVI. §. 1421. f. (über das Recht vor der angef. l. 30. beſ. über l. 25. pr. D. de inoff. test.; vgl. das letztere Werk S. 1—14.) Francke Notherbenrecht. §. 25. 26.

c) Vorauszuſetzen iſt, daß dem Notherben etwas und zwar aus dem Vermögen zu Theil geworden ſey, wohin auch donationes inter vivos gehören; l. 35. §. 2. C. de inoff. test. Mühlenbruch l. l. S. 18. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob der Teſtirer das Fehlende dem Notherben ausdrücklich entzogen habe oder nicht; wenn nur nicht das Fehlende in der Form einer rechtsbeſtändigen Enterbung entzogen worden iſt, Glück a. a. O. S. 144. 145. Francke §. 25. S. 340. A. M. und daß in dem Fall, wenn der Teſtirer die Ergänzung des Pflichttheils verboten hat, nur qu. inoff. Statt finde, iſt Fuhr in deſſen und Hofmanns civiliſt. Verſ. 1. Heft. Darmſt. 1835. n. 4.; welcher auch meint, daß in dieſer Beziehung durch N. 115. nichts geändert worden ſey. Daß es der act. suppletoria nicht bedürfe, wenn zwar der volle Pflichttheil, aber belaſtet hinterlaſſen worden iſt, ſ. Mühlenbruch a. a. O. S. 20. Uebrigens kann dem Notherben, der das ihm beſchiedene Wenigere ohne Vorbehalt angenommen hat, nicht die Einrede einer erfolgten Agnition entgegengeſetzt werden, d. l. 30. C. Pufendorf II. obs. 86. §. 4. Struben rechtl. Bed. IV. 96. (215. ed. 2.) Wernher p. IV. obs. 9. Daß der in re certa eingeſetzte Notherbe, wenn die res certa weniger beträgt als der Pflichttheil, act. suppletoria und zwar nur dieſe habe, ſ. Breuning diss. filiae in re certa inst. an ad qu. inoff. test.

adm. L. 1777. von Langenn u. Kori I. 4., vgl. auch J. W. IV. 16. In Sachſen kann act. suppletor. namentlich auch dann Statt finden, wenn der Erblaſſer über einen Theil der Verlaſſenſchaft disponirt und hierbei die Rechte eines Notherben verletzt hat, ſobald dasjenige, worüber nicht disponirt worden iſt, und was an den Notherben jure succ. ab intest. fällt, nicht hinreicht, den Pflichttheil, der immer von dem ganzen Nachlaß berechnet werden muß, zu decken.

d) Glück S. 146. Mühlenbruch S. 30. Francke S. 331. Bülow und Hagemann Erört. VI. 25., alſo nicht gegen Legatare und dritte Beſitzer; a. M. war Schweder diss. l. §. 4. und gewiſſermaßen Schleinitz c. l. §. 30.; vgl. dagegen Mühlenbruch S. 31. Indeſſen ſind auch fideicommiſſariſche Erben, ſo wie die Erben des Erben gehalten; Mühlenbruch a. a. O. Die Klage iſt eine bloß perſönliche, daher ſie auch wenigſtens nach röm. Recht nicht gegen den emtor hereditatis Statt hat, Glück XVI. §. 1015. S. 374. Mühlenbruch S. 31. Francke S. 333. Von mehrern Miterben können nur die, welche ſelbſt mehr als den Pflichttheil beſitzen, übrigens bloß pro rata ihres Erbtheils belangt werden. Glück S. 146. Francke S. 334. Mühlenbruch S. 29.

e) Wie dieſes auszumitteln ſey, darüber vergleiche Francke S. 337.

f) d. l. 30. 31. C. de inoff. test. Francke S. 332. 337. Daß der Erbe nach gem. Recht auch ein Drittheil mehr als Strafe zu entrichten verbunden ſey, wie von Schleinitz diss. l. §. 11. aus l. 33. pr. C. de inoff. test. folgert, iſt unrichtig; vgl. Marezoll in Linde's Zeitſchr. III. 20. Mühlenbruch S. 27. Uebrigens ſoll nach Madihn Miſcellen n. 32. der, welcher Ergänzung des Pflichttheils verlangt, nicht mehr als Erbe anzuſehen ſeyn, auch die ihm etwa außerdem beſchiedenen Emolumente verlieren. Beides möchte zu bezweifeln ſeyn. Das Erſte namentlich dann, wenn der verletzte Notherbe als Erbe eingeſetzt war; denn daß er eine höhere Erbportion verlangt, kann ihm wohl ſchwerlich die Rechte eines Erben entziehen. Und was das Letzte betrifft, ſo iſt nur ſo viel richtig, daß die ausgeſetzten Emolumente bei Berechnung des Deficit mit in Anſchlag zu bringen ſind; vgl. auch die Entſcheidung bei Putoneus Enunc. IV. 136.

g) Böhmer de actionib. S. II. cap. 3. §. 40.; vgl. Unterholzner Lehre von d. Verjähr. II. §. 171. Struben a. a. O. Overbeck IV. Med. 192. Glück S. 147. Mühlenbruch S. 33. 34. Francke S. 335. A. M. und daß auch act. suppletoria in 5 Jahren verjähre, waren Huber prael. V. 2. §. 20. Voorda Elect. cap. 11. interpr. et emend. III. 7.; vgl. dagegen Glück S. 148. ff. Wie hiernach die actio expletoria von der

qu. inoff. test. ſich unterſcheide, ſ. Mühlenbruch S. 33. ff. Fuhr a. a. O. S. 64. findet es übrigens nicht unwahrſcheinlich, daß durch die l. 30. C. eigentlich nicht ein eignes Rechtsmittel eingeführt, ſondern bloß der Satz ausgeſprochen worden ſey, es ſolle in dubio angenommen werden, daß ein Teſtirer, welcher dem Notherben weniger als den Pflichttheil hinterlaſſen hat, Ergänzung deſſelben secundum arbitrium boni viri gewollt habe.

§. 965. (966. d. v. Ausg.)

Außerdem fällt die Querel des pflichtwidrigen Teſtaments noch in folgenden Fällen [a]) weg, 1) wenn ſie verjährt iſt; hierzu wird ein Zeitraum von 5 Jahren erfordert, welche von der Zeit an, da der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft angetreten hat, gerechnet werden, weil eher kein Klagrecht Statt findet [b]). Aber 2) auch noch vor Ablauf des gedachten Zeitraums erliſcht dieſelbe, wenn der Enterbte, welcher hierzu berechtigt war, noch ehe er ſie anſtellt, ſtirbt. Der Regel nach geht alſo dieſe Klage nicht auf die Erben über [c]); ausgenommen α) wenn der Enterbte noch vor ſeinem Tode erklärt hat, daß er gegen den eingeſetzten Erben Klage zu erheben Willens ſey [d]); β) oder der Enterbte während der Zeit, da der eingeſetzte Erbe über die Antretung der Erbſchaft deliberirt, ſtirbt, welchenfalls das Klagrecht, auch wenn erſterer ſich nicht darüber erklärt hat, dennoch auf deſſen Kinder übergeht [e]). Die Querel fällt 3) weg, wenn der Enterbte den letzten Willen des Verſtorbenen ausdrücklich oder ſtillſchweigend anerkennt [f]); doch iſt es keineswegs für ein ſtillſchweigendes Anerkenntniß zu achten, wenn er das Vermächtniß, welches ihm in dem Teſtamente ausgeſetzt worden, annimmt [g]); 4) wenn die Enterbung in guter Abſicht und zum Beſten des Enterbten (bona mente) geſchehen iſt [h]) (§. 710.).

a) Vgl. Glück VII. §. 559. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. e. S. 437. ff. Francke §. 24.

b) l. 8. §. 10. 17. l. 9. D. l. 34. in f. l. 36. C. de inoffic. test.; vgl. Glück a. a. O. S. 466. Mühlenbruch S. 459. Unterholzner Lehre von der Verjähr. II. §. 169. 170. Daß den Minderjährigen dieſe kurze Verjährung nicht trifft, ſ. l. 2. C. in quib. c. rest. in int. non est necess. Der Anfangspunkt der

Verjährung war ehedem beſtritten, indem einige Rechtslehrer von dem Tode des Erblaſſers an rechneten, was aber d. l. 26. §. 2. C. reprobirt ward. Ward gleichzeitig ein Streit über Rechtsbeſtändigkeit des Teſtaments erhoben, ſo lief für die alte querela inoff. test. die Verjährung erſt nach Beendigung dieſes Streits, l. 16. C. de inoff. test., vergleiche Püttmann adversaria, I. 6. Aber auch in dem Fall, wenn ein nachberechtigter Notherbe eintrat, mußte ein anderer terminus a quo, nämlich die Zeit des Eintritts, angenommen werden; vgl. Unterholzner a. a. O. S. 61. Es fragt ſich nun, ob dies alles noch auf die qu. null. ex N. 115. anwendbar, nicht vielmehr hier die ordentliche Klageverjährung anzunehmen ſey? Das Letztere nimmt Schneidt in der bei Glück VII. §. 551. S. 341. angef. diss. und Mühlenbruch XXXVII. S. 292. an, während Unterholzner a. a. O. §. 170. für das Erſtere zu ſeyn ſcheint. Mit Mühlenbruch würde man auch annehmen müſſen, daß der Anfang der Verjährung in der Regel auf den Todestag des Erblaſſers zu ſetzen ſey; vgl. S. 256. Für dieſe Anſicht iſt allerdings, daß das odium querelae, in Folge deſſen man dieſelbe auf eine Friſt von 5 Jahren beſchränkt, nicht mehr angenommen werden kann, Breuning in der not. e. angef. diss. §. 4.; daß vielmehr das nach der N. zuſtändige Rechtsmittel rückſichtlich der Verjährung als hered. petitio anzuſehen ſey. Die ſächſiſchen Juriſten haben immer eine fünfjährige Verjährung angenommen, Mencken syst. Pand. V. 2. §. 12. Berger Oec. II. 4. th. 14. not. 2.; ingl. th. 55. not. 4.

c) l. 6. §. 2. l. 7. D. l. 34. l. 36. C. ibid. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. e. S. 463. Auch dies iſt bei der qu. null. anders; vgl. Mühlenbruch XXXVII. §. 1425. b. S. 292.

d) d. l. 6. §. 2. l. 7. D. ibid.

e) l. 34. l. 36. §. 2. C. ibid. Das erſte Geſetz macht es indeß nicht ganz unwahrſcheinlich, daß nach römiſchem Recht auch die alte querela immer auf die Deſcendenten des verletzten Notherben übergetragen ward, ſelbſt, wenn ſie nicht präparirt war; vgl. Marezoll in Linde's Zeitſchr. III. 18. Es fragt ſich nun, ob nicht nach neuerm ſächſ. Recht d. §. 8. des Erbg. anzunehmen ſey, daß die Querel immer auf die Erben des verletzten Notherben transmittirt werde? Ein Unterſchied zwiſchen Kindern und andern Notherben iſt nach §. 124. des Erbg. nicht zu machen. Aber es iſt doch zu bezweifeln, ob die angeführte Geſetzſtelle durch extenſive Interpretation auch auf einen Fall anzuwenden ſey, in welchem nicht ſowohl von einer deferirten Erbſchaft, als vielmehr von einem Rechtsmittel, durch welches ein der Delation im Wege ſtehendes Teſtament beſeitigt werden ſoll, die Rede iſt. Dies namentlich dann, wenn die alte Querel, durch welche ein test. jure conditum

reſcindirt wird, als das hier einſchlagende Rechtsmittel angenommen wird. Uebrigens ward ſchon von Breuning diss. an hodie supersit caussa odii querelae inoff. test. L. 1775. §. 3. 8. C. F. Walch diss. de transitu querelae inoff. test. ad heredes. Jen. 1772. (die in deſſen opusc. ſich nicht findet) angenommen, daß nach heutigem Recht qu. inoff. auch ohne praeparatio auf die Erben übergehe; vgl. dagegen Glück VII. §. 559. S. 466. Canngießer dec. I. 102. n. 13.

f) l. 8. §. 10. l. 23. §. 1. D. ibid.; vgl. §. 697. not. b. Nach röm. Recht konnte eine ſolche Verzicht nur erſt nach dem Tode des Erblaſſers gültig erfolgen, l. 3. 8. §. 1. C. h., eine Ausnahme nimmt Glück VII. §. 549. S. 131. und §. 560. S. 476. dann an, wenn der Notherbe in Folge einer wirklich erfolgten Abfindung verzichtet hatte; man ſehe aber dagegen Francke §. 24. S. 318. Mühlenbruch XXXV. S. 438. Nach heutigem Recht iſt nicht zu bezweifeln, daß ein Notherbe auch bei Lebzeiten des Erblaſſers auf den Pflichttheil verzichten könne, namentlich gilt dies von dem ſächſiſchen Recht c. 10. p. III. und dazu Carpzov. Die Frage iſt nun, ob zur Gültigkeit einer ſolchen Verzicht auch noch eine förmliche Ausſchließung von Seiten des Teſtirers hinzutreten müſſe? vgl. §. 836. Ueber Verzicht, welche nach dem Tode des Erblaſſers erfolgt, vgl. §. 961. not. o. p.

g) Arg. Nov. 115. c. 3. in f. et c. 4. in f. Leyſer sp. 93. m. 7. J. G. Bauer angez. Diss. de eo, quod justum est c. form. exh. §. 14. in Opusc. T. I. p. 113. Madihn princ. juris Rom. P. II. §. 676. A. M. iſt Müller ad L. obs. 230. Glück VII. §. 560. S. 478. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. e. S. 441. XXXVII. §. 1425. c. S. 366. Francke §. 24. S. 321. Nach älterm Recht konnte der, welcher ein Legat annahm, das Teſtament als inofficiosum nicht anfechten, §. 4. I. l. 10. §. 1. D. de inoff. test. l. 5. D. de his, quae ut ind. Selbſt in dem Fall, wenn das Legat nicht dem Notherben ſelbſt, ſondern einem Dritten hinterlaſſen worden war, den der Notherbe beerbte, ward die petitio legati für bedenklich erachtet, l. 32. §. 1. D. de inoff. test. Die Frage iſt alſo bloß, ob durch N. 115. in dieſer Beziehung etwas geändert worden ſey? Nach Mühlenbruch XXXVII. S. 366. iſt dies zu verneinen, und es bleibt quaestio facti, ob die Annahme eines Legats als Verzicht auf die Querel anzuſehen ſey? Andre facta, aus welchen ſtillſchweigende Verzicht gefolgert wird, ſ. l. 8. §. 10. l. 23. §. 1. l. 32. pr. D. de inoff. test.; vgl. Mühlenbruch XXXV. S. 444. 456. Francke §. 24. S. 320. In sp. wird die actio suppletoria nicht als aufgegeben betrachtet, wenn der Notherbe den ihm in dem letzten Willen beſchiedenen Theil angenommen hat, l. 35. §. 2. C. de inoff. test. Struben rechtl. Bed. IV. 96. (I. 215. der neuern Ausg.) Glück VI. §. 550.

S. 144. Dagegen bleibt für den Notherben, welcher erklärt hat, eine Dispoſition anzuerkennen, auch wenn der ihm gebührende Pflichttheil geſchmälert werden ſolle, kein Anſpruch übrig, auch wenn ſich ſpäter ergiebt, daß gar nichts auf den Pflichttheil kommt; vgl. J. W. V. 84.

h) l. 16. §. 2. D. de cur. fur. l. 18. D. de lib. et post.; vgl. §. 710. — Außer den in dem §. angef. Fällen fällt die Querel wegen verletzter Notherbenrechte weg: 1) in dem Fall einer von dem Vater angeordneten pupillaris subst., bei welcher die Notherben des Pupillen nicht bedacht worden ſind; vgl. §. 719.; 2) gegen ein test. militare; vgl. §. 736. Francke Notherbenrecht §. 35. In Anſehung der alten querela inoff. muß noch bemerkt werden, daß ſie als eine actio subsidiaria betrachtet ward, §. 2. I. de inoff. test. l. ult. C. de lib. praes., die alſo nicht Statt fand, wenn ein andres Rechtsmittel vorhanden war, durch welches der Notherbe ſeinen Zweck erreichen konnte; ohne Zweifel hängt dies mit dem Satz zuſammen, daß die alte qu. ein testamentum jure conditum vorausſetzt; vgl. Püttmann adv. I. 6. Glück VII. §. 559. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. e. S. 358. not. 37. XXXVII. §. 1425. b. S. 292. Schneider von den ſubſid. Klagen des röm. Rechts. Roſtock 1834. Cap. 4. S. 482. ff. Daß ſie durch confusio, wenn der verletzte Notherbe den eingeſetzten Erben beerbt, nicht immer aufgehoben ward, ſ. l. 31. §. 2. D. de inoff. test. und über dieſes Geſetz Francke §. 24. S. 322. Mühlenbruch XXXV. §. 1421. e. S. 456. H. z. T., wo nach der N. 115. nur heredis institutio wegfällt und andre Dispoſitionen bei Kräften bleiben, iſt dieſer Punkt ſchwerlich von Bedeutung. Ueber die Frage, ob durch cl. codicillaris die heredis institutio in einem Teſtament, durch welches Notherbenrechte verletzt worden ſind, aufrecht erhalten werden könne? vgl. §. 819. Francke §. 33. bejahet dieſe Frage; allein Mühlenbruch XXXVII. §. 1425. c. S. 368. iſt, und zwar, wie es ſcheint, aus beſſern Gründen anderer Meinung. Denn wenn, um die Klage der Notherben auszuſchließen, förmliche Einſetzung oder Enterbung derſelben nöthig iſt, wie dies auch noch N. 115. erfordert, ſo läßt ſich der Mangel der erſtern nicht dadurch ergänzen, daß man eine Einſetzung der Notherben als Fiduciar. in das Teſtament hinein interpretirt.

§. 966.

Die Klage auf den Pflichttheil, welcher nach neuerm ſächſ. Recht den Ehegatten [a]), ingleichen gewiſſen öffentlichen Anſtalten gebührt, iſt von dem bisherigen Rechtsmittel weſentlich verſchieden [b]); ſelbſt wenn dieſelbe gegen ein Teſtament angeſtellt wird, in welchem auf dieſen Pflichttheil keine

Rückſicht genommen worden iſt. Denn ein ſolches Teſtament wird immer nur inſoweit reſcindirt, als durch daſſelbe der erwähnte Pflichttheil verletzt worden iſt [c]). Was insbeſondere den Pflichttheil der Ehegatten betrifft, ſo fällt derſelbe nicht nur wegen einer vor oder nach Ableben des Erblaſſers geleiſteten Verzicht [d]), ſondern auch im Fall der Annahme eines in dem letzten Willen des Erblaſſers dem Ehegatten beſtimmten Vortheils weg [e]).

a) Vgl. §. 872.

b) Vgl. §. 853. b.

c) Vgl. §. 853. b. 872. Das Pflichttheilsrecht der öffentlichen Anſtalten iſt in dieſer Beziehung dem der Ehegatten gleich geſtellt, Erbg. §. 127. Wegen beider muß die deshalb zuſtändige Klage nach Analogie der actio suppletoria (§. 964.) beurtheilt werden. In eben der Maße, wie gegen ein Teſtament, hat aber ohne Zweifel die Klage auch gegen einen nach begründetem Notherbenrechte abgeſchloſſenen Erbvertrag Statt, Erbg. §. 70. j. §. 127.

d) Erbg. §. 75. 79.; vgl. oben §. 873—875.

e) Erbg. §. 80. 81., ſ. oben §. 873. 874.

§. 967.

B. Von der Erbſonderungsklage.

Wir verſtehen hierunter diejenige Klage, welche ein Erbe gegen den Miterben zu dem Ende anſtellt, daß letzterer die Erbſchaft mit ihm theilen, und die vermöge ſeines Miterbrechts ihm obliegenden perſönlichen Verbindlichkeiten erfüllen ſoll [a]). Die Erbſonderungsklage ſetzt alſo voraus: 1) daß der Kläger Erbe ſey, er mag es nun vermöge eines Teſtaments, oder Vertrags, oder ab intestato ſeyn [b]); 2) daß der Beklagte Miterbe ſey [bb]); gleichgültig iſt es, ob er ſich im Beſitze der Erbſchaft befindet oder nicht [c]); 3) daß der Beklagte das Miterbrecht des Klägers anerkenne [d]). Leugnet er ſolches, ſo muß der Kläger, welcher nicht im Beſitze der Erbſchaft iſt, die Erbſchaftsklage anſtellen [e]); wenn hingegen der Kläger ſich im Beſitze, wenn auch nur eines Theils der Erbſchaft befindet, ſo iſt die Ausflucht des Beklagten, daß dem Erſtern kein Erbrecht zuſtehe, ohne Wirkung [f]); 4) daß der Beklagte die Theilung der Erb=

ſchaft, oder einer ihm als Miterben obliegenden perſönlichen Verbindlichkeit nachzukommen, widerrechtlicher Weiſe verweigere [g]). Uebrigens kann dieſe Klage ſowohl vor dem foro domicilii des Beklagten, als auch vor dem foro rei sitae angeſtellt werden [h]).

a) l. 1. l. 2. l. 22. §. 4. D. fam. ercisc. §. 3. I. de oblig., quae quasi ex contr. nasc. C. P. Richter de act. fam. erc. Jen. 1663. G. A. Joachim de jud. fam. erc. L. 1726. Conr. Wilh. Strecker Diss. de act. fam. ercisc. Erf. 1739. Friedr. Aug. Mehl D. Judicium familiae erciscundae, ex §. 20. I. de act. propositum. Goett. 1781. Glück XI. §. 725. ff. Weſtphal Lehre von einzelnen Verm.=Arten und der Erbtheilungsklage, §. 670. ff. Schweppe §. 860. 861. Mühlenbruch doctr. pand. §. 718. 719.

b) d. l. 2. pr. D. fam. erc. Die Klage findet übrigens auch in dem Verhältniß des Fiduciar und Fideicommiſſar Statt, wenn erſterer angetreten und verbaliter reſtituirt hat, l. 40. D. h. Eben ſo kann der emtor hered. derſelben ſich bedienen, l. 5. C. de her. vel act. vend. Voet. de fam. erc. XI. 3., wogegen der, welcher ſeinen Antheil der Erbſchaft veräußert hat, nicht mehr klagen kann, l. 54. D. fam. erc. Da übrigens Theilung eine Veräußerung iſt, ſo können nur ſolche Perſonen die Erbtheilungsklage anſtellen, welchen ein unbeſchränktes Veräußerungsbefugniß zuſteht; vgl. l. 38. D. h. l. 7. pr. D. de reb. eor., qui sub tut. vel cur. Voet. IX. §. 7. sqq. Glück §. 727. Für Minderjährige und Andre, die unter Vormundſchaft ſich befinden, bedarf es daher eines obrigkeitlichen Decrets, für Sachſen iſt jedoch Vorm.=Ordn. XV. 2. XVI. 15. Handb. §. 356. n. 3. Excurſe III. S. 433. zu vergleichen. Daß der Kläger in dem Beſitz der Erbſchaft ſich befindet, iſt nicht nöthig, l. 1. §. 1. D. h., wohl aber muß derſelbe Erbrecht bereits erworben haben. Daher kann ein heres sub conditione institutus pendente conditione nicht auf Erbtheilung provociren; vgl. Voet. l. l. §. 14. u. J. Voet. comm. ad Pand. X. II. §. 14. Glück §. 727. S. 23. Wohl aber können nach ſächſ. Recht arg. §. 6. des Erbg. in einem ſolchen Fall die inmittelſt eintretenden Inteſtaterben eben ſo auf Theilung provociren, als dies einem sub conditione resolutiva eingeſetzten Teſtamentserben vor Eintritt der Bedingung geſtattet ſeyn würde.

bb) Ob der, welcher ad divisionem provocirt wird, hiermit als Miterbe anerkannt werde, ſ. l. 37. D. h. und über dieſes Geſetz Glück §. 726. S. 12. ff.

c) l. 25. §. 2. eod. Glück a. a. O. §. 726. Daß auch, wenn der Miterbe abweſend iſt, actio fam. erc. angeſtellt werden könne,

ſ. l. 44. §. 2. D. l. 17. C. h. Voet. de fam. erc. XI. 6. Mävius IV. dec. 398. Glück §. 728. S. 27. Freilich muß der Abweſende durch einen Abweſenheitsvormund oder einen hinterlaſſenen Procurator vertreten werden, denn eine Edictalvorladung, welche Glück a. a. O. für zureichend hält, möchte hier ſchwerlich gnügen; vgl. auch Hornhorſt Jahrb. des Oberapp.-Gerichts zu Mannheim. II. 7.

d) l. 1. §. 1. l. 51. §. 1. eod.

e) d. l. 1. §. 1. eod. Berger Oec. L. III. T. VI. th. 3. Hofacker T. III. p. 386. Doch iſt auch hier eventuelle Cumulation erlaubt. Glück §. 726. S. 9.

f) d. l. 1. §. 1. l. 51. §. 1. eod. l. 7. D. si pars hered. pet.

g) l. 22. §. 4. D. eod. Nach römiſchem Recht kann, wenn dieſelben Perſonen wegen mehrerer Erbſchaften als Miterben betheiligt ſind, ein judicium divisorium Statt finden, l. 25. §. 3. 4. 5. D. h., was inzwiſchen der zu fürchtenden Verwirrung halber für das heutige Proceßverfahren ſchwerlich als Regel gelten dürfte; vgl. E. P. O. V. 2.

h) l. 3. C. Ubi in rem act. exerc. deb. l. un. c. ubi de her. ag. Voet. de fam. erc. cap. 16. Berger Oec. III. 6. 3. not. 7. Pufendorf III. obs. 156.; vgl. §. 950. b.

§. 968.

Da die ſämmtlichen Miterben in Beziehung auf die Erbſchaft gleiche Rechte und gleiche Verbindlichkeiten gegen einander haben, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß jeder von ihnen zur Anſtellung dieſer Klage gegen den andern berechtigt ſey [a]); die Klage ſelbſt hat zum Gegenſtande Sachen und Leiſtungen [aa]), und ihr Zweck geht dahin, daß 1) die Erbſchaft ſelbſt auf gemeinſchaftliche Koſten vertheilt werde [b]); 2) daß derjenige, welcher die Erbſchaft im Beſitze gehabt und adminiſtrirt hat, über die erhobenen Nutzungen Rechnung ablege, und ſolche ebenfalls in gemeine Theilung bringe [c]); 3) daß er die durch grobe Fahrläſſigkeit, oder auch durch ein mäßiges Verſehen (culpa levi) verurſachten Schäden erſetze [d]); wobei aber 4) auch letzterm die auf die Erbſchaft zum Nutzen derſelben verwendeten Koſten erſetzt werden [e]).

a) l. 2. §. 3. l. 44. §. 4. D. fam. erc. Act. fam. erc. wird daher und weil jeder der ſtreitenden Theile condemnirt werden kann, als judicium duplex bezeichnet; vgl. Voet. l. §. 8. Glück §. 728.

S. 29. Wer aber in dem Proceß als Kläger behandelt werde, darüber entſcheidet praeventio; vgl. Leyſer sp. 115. m. 1. Nothwendig dies zu beſtimmen kann es ſeyn, eigentlich bloß wegen der Wahl des Forum, und etwa wegen Beſtellung des Koſtenvorſtandes. Die Pflicht, Rechnung abzulegen, hängt dagegen keineswegs von dem Umſtand ab, wer Kläger oder Beklagter ſey; vielmehr hat jeder Miterbe, der Erbſchaftsſachen beſeſſen oder verwaltet hat, dieſe Pflicht auf ſich. Nothwendig iſt übrigens in der Regel, daß alle betheiligte Miterben in den Streit gezogen werden, weil ein bloß unter einigen Erben verhandelter Theilungsproceß nicht nur die andern nicht bindet, ſondern auch das unter denen, welche wirklich concurrirt haben, Verhandelte nichtig machen kann, l. 27. D. h.; vgl. jedoch J. W. III. 10. n. 4. Doch können auch Ausnahmen von der Regel, aber immer salvo jure tertii, der dabei nicht gehört worden iſt, eintreten, l. 2. §. 4. l. 44. §. 2. D. l. 17. C. ib.

aa) l. 22. §. 4. D. fam. erc. Daher iſt die Klage eine actio mixta, §. 20. I. de act. 76., über dieſe Anſicht Voet. I. 9. Joachim diss. I. §. 3. Glück §. 725. S. 5. Es kann aber wohl ſeyn, daß die Klage entweder bloß auf res oder bloß auf personales praestationes gehe; Letzteres namentlich dann, wenn die Erbſchaftsſachen nicht mehr vorhanden ſind, l. 24. pr. D. ib. oder mit einem in re certa eingeſetzten Miterben verhandelt wird. Uebrigens wird die act. fam. ercisc. auch als act. bonae fidei, bei welcher arbitrium judicis entſcheidet, bezeichnet, §. 28. I. de act. l. 21. 43. 51. pr. l. 57. D. l. 9. C. fam. erc.; vgl. M. Grassus de arbitriis fam. erciscundae. Daß auch h. z. T. an manchen Orten für Erbtheilungen beſondere arbitri beſtehen, ward bereits oben bemerkt; vgl. §. 921. Die Verpflichtung wegen praestationes personales wird als obligatio quasi ex contract. bezeichnet; vgl. §. 4. I. de obl., quae quasi ex contr. l. 22. §. 4. D. fam. erc. l. 18. §. 1. C., welche hier ein der neg. gestio ähnliches Verhältniß annimmt. Ganz ausgeſchloſſen iſt act. fam. erc., wenn die Erbſchaft bloß in nominibus beſteht, l. 25. §. 1. D. h.; vgl. §. 936.

b) d. l. 2. pr. D. eod. Bisweilen kann auch wegen eines Theils der Erbſchaft die Klage Statt finden; dann nämlich, wenn der andre Theil bereits getheilt worden iſt, l. 1. C. fam. erc. l. 44. pr. D. ib., wenn nur das Uebrige als Erbſchaftstheil ungetheilt gelaſſen, nicht etwa bloß eine communio rerum singularum beibehalten worden iſt; vgl. J. W. II. 10. n. 4.; ſ. auch §. 969. Wie die Theilung auszuführen ſey, davon iſt §. 920. ff. die Rede geweſen. Hier iſt nur noch zu bemerken, 1) daß jud. familiae erciscundae das geeignete Rechtsmittel iſt, um dasjenige praecipuum zu erlangen, was einem Miterben durch den Erblaſſer beſchieden worden iſt; l. 4. pr. l. 25. §. 22. l. 42. l. 7. 18. C. fam. erc.; vgl. §. 749. not. d. Dahin gehört auch die Befreiung einer prä=

legirten, aber verpfändeten Sache, l. 28. 33. ib.; vgl. §. 755. Ueber die hier einſchlagende ziemlich dunkle l. 24. C. fam. erc.; vgl. Richter diss. l. §. ult. F. W. Textor de sensu l. filium 24. C. fam. erc. Heidelb. 1681. Weſtphal §. 753. und die daſelbſt angef. Rechtsl. Qu. G. Schacher de rescr. Dioclet. et Max. in l. 24. C. fam. erc. L. 1770. Lindelof im Arch. für civ. Pr. IV. 30. Roßhirt Vermächtn. I. 3. §. 11. S. 189. 2) Veräußerungen, die ein Miterbe nach angeſtellter Theilungsklage vorgenommen hat, ſind ungültig, l. 13. D. fam. erc., und die veräußerte Sache muß zur Theilung kommen; wegen früherer Veräußerungen haftet der Veräußernde den Miterben allerdings, doch iſt er nicht gehalten, die ex pecunia hereditaria für ſich erkaufte Sache zur Theilung zu bringen, l. 4. C. h.; vgl. §. 956. b.

c) l. 19. l. 44. §. 3. l. 56. D. 1. 9. C. eod. In Anſehung der fructus ſollen die Grundſätze der her. petitio anzuwenden ſeyn, l. 25. §. 19. D. de her. pet. Allein von einer Unterſcheidung zwiſchen b. f. und m. f. possessio kann nicht eigentlich die Rede ſeyn, den Fall ausgenommen, wenn ein Miterbe Nutzungen von einer Sache gezogen hat, in Anſehung deren es ſtreitig iſt, ob dieſelbe zu der Erbſchaft gehörte oder nicht. Denn hier kommt es allerdings darauf an, ob dieſer Miterbe wußte, daß die Sache zur Erbmaſſe gehörte, ob er die fructus vor angeſtellter Theilungsklage erhob, oder nicht, d. l. 44. §. 3. l. 45. pr. ib. Abgeſehen von dieſer Ausnahme zeigt ſich noch eine weſentliche Verſchiedenheit in Anſehung der Pflicht, die Nutzungen zu gewähren zwiſchen der her. pet. und act. fam. erc. Bei letzterer wird die Pflicht, die Nutzungen zu gewähren, als eine obligatio quasi ex contractu angeſehen. Der Miterbe hat alle wirklich erhobene Nutzungen der Maſſe zu gewähren und wegen derer, welche nicht erhoben worden ſind, jedoch erhoben werden konnten, haftet er wenigſtens ob culpam; vgl. Cramer obs. jur. un. I. 79. Eben deshalb, weil hier eine obligatio quasi ex contractu vorliegt, ſcheint auch in Sachſen dec. 2. v. J. 1746. nicht anwendbar; vgl. §. 474. Uebrigens können auch hier die fructus mittelſt beſonderer Klage eingefordert werden; Canngießer decis. 234. Leyſer sp. 115. m. 5. Auch möchte die Verpflichtung zu Verzinſung des zu der Erbſchaft gehörigen Geldes, wie bei der her. pet. zu beurtheilen ſeyn; vgl. §. 956. b. not. o. und einen hierher gehörigen Rechtsfall im Archiv für civ. Pr. I. 17. §. 5.

d) l. 16. §. 4. 5. l. 25. §. 16. 17. 18. l. 44. §. 4. 5. D. fam. erc. l. 23. D. de R. I. Nach der angeführten l. 25. §. 16. gewährt der Miterbe nur diligentiam, quam suis rebus adhibet, alſo culpam in concreto; vgl. Haſſe Lehre von der culpa, §. 70. S. 332. von Löhr Theorie der Culpa. §. 25. Elvers doctr.

de culpa II. 2. p. 29. Andre Anſichten ſ. bei Kritz über die culpa des röm. Rechts. §. 22.

e) l. 18. §. 3. D. l. 18. §. 1. C. fam. erc. Insbeſondere gehören hierher bezahlte Erbſchaftsſchulden, l. 18. §. 4. 7. l. 25. §. 15. 19. l. 31. 44. §. 1. D. ib. Dahin gehören auch Legate, d. l. 18. §. 6. l. 44. §. 7. ib., ferner wenn von der väterlichen Verlaſſenſchaft die Rede iſt, Schulden, welche ein Sohn wegen des peculium profectitium contrahirt hat, inſofern gegen den Vater eine actio adjectitiae qualitatis Statt fand, l. 20. §. 1. D. h. Auch die eignen Forderungen des Miterben an die Maſſe gehen ab; vgl. l. 20. §. 2. l. 46. 51. pr. D. l. 2. C. ib. — Aus allem dem ergiebt ſich, daß auch bei dem jud. fam. erciscundae Nachlaßſpecification und Verwaltungsrechnung von Seiten des Beſitzers erfordert wird.

§. 969.

Die Erbſonderungsklage kann nur einmal angeſtellt werden. Iſt alſo ein Erbſchaftsſtück nicht mit zur Theilung gekommen, ſo findet hernachmals die actio communi dividundo Statt [a]); es wäre denn, daß die Theilung ohne Vorwiſſen und Zuziehung eines oder des andern Miterben unternommen worden wäre, welchenfalls derſelbe auch hernach die Erbſonderungsklage annoch anzuſtellen allerdings berechtigt wäre [b]). Hingegen findet ſie gar nicht Statt, wenn der Erblaſſer ſelbſt in ſeinem letzten Willen die Art und Weiſe, wie die Erbſchaft vertheilt werden ſoll, vorgeſchrieben hat [c]).

a) l. 20. §. 4. l. 44. pr. D. fam. erc. Berger Oec. III. VI. 3. 6. Wernher P. VIII. Obs. 429. Voet. cap. 1. §. 18. c. 15. §. 17. 18. Glück §. 729. S. 32. ff.

b) l. 44. §. 2. eo.; vgl. §. 968. not. a.

c) l. 9. 10. C. comm. utr. jud. l. 32. D. l. 21. C. fam. erc.

§. 970.

Da übrigens Niemand wider ſeinen Willen in communione zu bleiben angehalten werden kann, ſondern das Recht, auf eine Theilung zu provociren, als ein Recht der freien Willkür unverjährbar iſt (§. 570.), ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß auch die Erbſonderungsklage keiner Verjährung unterworfen ſeyn könne [a]). Etwas Anderes würde es ſeyn, wenn der eine Miterbe die Erbſchaft oder gewiſſe

dazu gehörige Stücke, auf welche noch ein andrer Miterbe ein Erbrecht hat, bona fide und in der redlichen Meinung, daß ſie ihm allein zugehören, rechtsverwährte Zeit hindurch, d. i. 31 J. 6 W. 3 T., allein beſeſſen hat; denn da ſolchenfalls auch das Recht des andern Miterben auf die Erbſchaft, und die deshalb anzuſtellende Klage (heredit. petitio) nach Ablauf dieſer Zeit erloſchen iſt, ſo folgt von ſelbſt, daß auch nun von einer Theilung der Erbſchaft oder derjenigen Stücke, welche jener die gedachte Zeit hindurch allein beſeſſen hat, nicht mehr die Frage ſeyn könne, ſondern die Erbſonderungsklage, als eine Wirkung des Erbrechts, mit dieſem zugleich erloſchen ſey[b]).

a) Vinnius quaest. sel. P. I. qu. 34. P. de Toullieu collect. IV. 8. Voet. c. 15. §. 1. 2. Glück §. 727. S. 22.

b) l. 1. §. 1. C. de annal. except. l. 22. C. fam. erc. Vinnius a. a. O.

Zweites Capitel.

Von poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln.

§. 971.

Wenn Jemand ſein Erbrecht in continenti beibringen kann, dergeſtalt, daß die höchſte Wahrſcheinlichkeit eintritt, daß Niemand zu dem Beſitze der Erbſchaft ein beſſeres Recht habe, als er, gleichwohl aber ein Anderer unter dem Vorwande eines Erbrechts, oder auch ohne irgend einen gültigen Rechtsgrund angeben zu können, ſich derſelben angemaßt hat, ſo iſt es der Billigkeit gemäß, daß erſterer ſogleich, und, ohne erſt ſein Erbrecht durch Anſtellung der Petitorienklage ausführen zu dürfen, in den Beſitz der Erbſchaft geſetzt, und ſo lange darin gelaſſen werde, bis letzterer mittelſt angeſtellter Erbſchaftsklage ſein beſſeres Erbrecht erwieſen hat. Die zu dem Ende anzuſtellenden Poſſeſſorienklagen (remedia adipiscendae possessionis) ſind das Interdictum quorum bonorum, und das Remedium ex l. fin. C. de Edicto D. Hadr. tollendo[a]).

a) Daß das interdictum quorum bonor. ein interd. adipiscendae possessionis ſey, iſt nicht zu bezweifeln, §. 3. I. de interd. l. 2. §. 3. D. ib. l. 1. §. 1. D. quor. bon. Ob man dahin auch das remedium ex l. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. rechnen könne, wie die meiſten ältern Rechtslehrer unbedenklich gethan haben, läßt ſich allerdings bezweifeln; vgl. §. 974. not. a. Denn durch dies remedium ward, wie der ganze angef. tit. C. lehrt, nur eine missio in bona vermittelt, und dieſe gab an ſich keinen eigentlichen Beſitz, ſondern bloß Detention; vgl. Savigny Lehre v. Beſitz §. 23. S. 287. S. 325. der 6. Ausg. Daß die interd. adipisc. poss., welche dem Erben zuſtanden, bloß auf die zur Erbſchaft gehörigen körperlichen Sachen ſich bezogen, ſcheint, wie aus dem Folgenden erhellen wird, gewiß. Allein ob über dieſe interdicta ſummariſch, d. h. mit Nachlaſſung gewiſſer Formen des Civilproceſſes und der ſtrengen Erforderniſſe, rückſichtlich der Beweisführung verhandelt; ob ferner durch die Entſcheidung ein bloß proviſoriſches Verhältniß hergeſtellt ward, darüber giebt es Zweifel, die noch immer nicht vollſtändig gelöſt worden ſind. Beantwortet man indeß die erſtere Frage ganz oder zum Theil bejahend, ſo muß nothwendig die zweite ebenfalls bejahet werden; da ſich nicht denken läßt, daß durch ein ſummariſches Verfahren zu einer definitiven Entſcheidung über ein ſo wichtiges Recht, wie das Erbrecht iſt, habe gelangt werden können. Vgl. Savigny Zeitſchr. VI. 3. Beſitz; §. 35. Hat das Interdictsverfahren über den Beſitz bloß den Zweck, ein Proviſorium herzuſtellen, ſo ſteht es ohne Zweifel zu dem Verfahren über das Recht ſelbſt in dem Verhältniß des possessorium zu dem petitorium, wie dies in dem §. angedeutet worden iſt. Daraus folgt denn auch, daß während der Dauer des Proviſoriums und ſo lange nicht in petitorio entſchieden iſt, der in den Beſitz des Nachlaſſes Geſetzte in Anſehung des Dispoſitionsbefugniſſes beſchränkt ſeyn müſſe. Nach ſächſ. Recht erheben ſich indeß neue Bedenken. Denn angenommen auch, daß durch interd. quorum bonor. und remed. ex l. ult. C. ein bloß proviſoriſcher Zuſtand ermittelt werde; ſo muß doch bezweifelt werden, daß es für jene Rechtsmittel ein ſummariſches Verfahren gebe, da durch Anh. z. E. P. O. §. 1. der unbeſtimmte ſummariſche Proceß aufgehoben worden, und der Streit über den Beſitz ebenfalls in den Formen des ordentlichen Proceſſes durchzuführen iſt, wenn nicht etwa bloß der ſogenannte jüngſte Beſitz in Frage kommt; vgl. oben §. 481. 487. und gegen die abweichende, aber unbegründete Anſicht von Carpzov I. resp. 19. und Leyſer coroll. 1. 500. Berger El. prov. post. §. 4. Oec. II. 6. 3. not. 5. Wernher p. VII. obs. 43. Die Frage über den jüngſten Beſitz, die nur Statt findet, wenn es um Erhaltung des bereits erlangten Beſitzes ſich handelt (§. 486.), bleibt aber hier gänzlich und zwar

um ſo mehr ausgeſchloſſen, da der Erbe nicht etwa auf den vorhergegangenen Beſitz des Erblaſſers ſich berufen kann (§. 909.), mithin müßte der Erbe, um ein Proviſorium zu erlangen, gerade denſelben Weg einſchlagen, den er zu betreten hätte, um eine definitive Entſcheidung zu erwirken. Hieraus ergiebt ſich wenigſtens ſo viel, daß die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel dem Erben h. z. T. u. namentlich nach ſächſ. Recht von wenig oder keinem Nutzen ſind; vgl. Linde Zeitſchr. XX. 7. Daß übrigens der Erbe, welcher ein Recht ad adipiscendam possessionem hat, nach erlangtem Beſitz auch die interd. retinendae und recuperandae possessionis habe, iſt zwar nicht zu bezweifeln; nur möchte es wenigſtens nicht genau geſprochen ſeyn, wenn man mit mehrern ältern, wie J. H. Böhmer, consult. et decis. II. 1. n. 649. und G. L. Böhmer in dem in der §. 974. not. a. erwähnten diss. von Spreckelſen cap. III. sect. 7. §. 4. p. 75. angezogenen responso ſagen wollte, daß remed. ex l. ult. C. oder überhaupt ein interd. adipiscendae poss. zugleich retinendae possessionis ſey. Ueber den Fall einer Entſetzung des Beſitzes aus einer Erbſchaft und das hierauf angewendete Rechtsmittel vgl. J. B. Wernher diss. de possessione hered. sine bona fide et justo titulo plane invalida. Viteb. 1724. §. 34. sqq.

§. 972.

I. Das Interdictum quorum bonorum[a]) iſt diejenige Klage, welche der Erbe, der ſein Erbrecht ſogleich beſcheinigen kann, gegen den unbefugten Beſitzer der Erbſchaft zu dem Ende anſtellt, daß ihm letzterer den Beſitz derſelben mit allen Zubehörungen und erhobenen Nutzungen abtrete[b]). Wir bemerken: 1) daß dieſe Klage nur gegen denjenigen Statt finde, welcher ſich als vermeintlicher Erbe, oder auch als bloßer Beſitzer, und ohne einen gültigen Rechtsgrund ſeines Beſitzes angeben zu können, der Erbſchaft angemaßt hat[c]); er mag ſich nun übrigens noch wirklich im Beſitze befinden, oder ſich deſſen hinterliſtiger Weiſe zum Nachtheil des Erben wiederum entſchlagen haben[d]); 2) daß hingegen dieſe Klage keineswegs gegen den angeſtellt werden könne, welcher eine zur Erbſchaft gehörige Sache titulo singulari erworben hat[e]). Wohl aber 3) kann ein Erbe auch gegen den Miterben, wenn letzterer als alleiniger Erbe ſich der ganzen Erbſchaft angemaßt hat, dieſe Klage anſtellen, und, ſofern er ſein Miterbrecht in continenti beſcheinigen kann, den Mitbeſitz der Erbſchaft verlangen[f]).

a) Tit. D. et C. Quorum bonorum. Stryck de success. ab intest. Diss. 9. cap. 3. §. 2—9. Leyſer Sp. 500. Claproth Einleit. in die ſummariſchen Proceſſe, §. 183. sq. Savigny Zeitſchrift V. 1. VI. 3. und gegen die hier aufgeſtellten Anſichten Thibaut im Arch. f. civil. Pr. X. 23. von Löhr ebendaſ. XII. 6.; vgl. auch Arndts im Rh. Muſ. II. 2. n. 1.; ingl. deſſen Abh. n. 1. §. 8. Fabricius IV. 2. n. 1. S. 204. Nach Savigny war das interd. qu. bon. urſprünglich das geeignete Rechtsmittel für den, welcher die bonorum possessio agnoſcirt hatte. Nach Ausbildung der ſogenannten hered. petitio possessoria blieb es für den, der aus der erlangten bonor. poss. Erbrecht in Anſpruch nahm, als ein elective concurrirendes Rechtsmittel beſtehen, welches von der her. pet. poss. bloß dadurch ſich unterſchied, daß für daſſelbe der Interdictenproceß, für her. pet. poss. das gewöhnliche Verfahren galt. Nach Aufhebung des Interdictenproceſſes als einer eigenthümlichen Verfahrungsweiſe ſoll daſſelbe entbehrlich geworden ſeyn. Die gemeine, auch in dem §. befolgte Meinung haben Thibaut und Löhr a. a. O. in Schutz genommen. Nach derſelben würde das interd. vornehmlich von Nutzen wider einen Gegner ſeyn, der nicht als Erbe, ſondern pro possessore beſitzt. Vornehmlich ſcheint daſſelbe aber in dem ältern Recht benutzt worden zu ſeyn, um der lucrativa usucapio pro herede zu begegnen. Der Hauptzweifel, welcher gegen die gemeine Meinung von Savigny vorgebracht wird, daß einer nach durchgeführtem interdict. erhobenen her. petit. exc. rei judicatae entgegenſtehen würde, ſcheint v. Löhr a. a. O. S. 102. zur Gnüge widerlegt worden zu ſeyn; vgl. auch l. 3. C. qu. bon. In Sachſen dürfte daſſelbe aus den not. a. ad §. praec. angeführten Gründen wenig oder gar keinen Nutzen haben.

b) l. 1. pr. D. qu. bonor. §. 3. I. de interdict. Ueber die exegetiſchen Schwierigkeiten der erſtern Stelle vgl. Savigny Zeitſchr. V. 1. Fabricius a. a. O. S. 206. Keines der angezogenen Geſetze und eben ſo wenig ein andres mir bekanntes ſpricht davon, daß bei dem Verfahren über das interdict. auch über die Nutzungen, und, was die Folge davon ſeyn würde, über impensae entſchieden worden wäre; vielmehr ſteht einer ſolchen Anſicht entgegen, daß das interdict. nur auf corpora, welche dem Erblaſſer zur Zeit des Todes gehört hatten, ſich beziehet, l. 2. 3. C. qu. bon. In der That ſcheint auch Leyſer sp. 500. m. 1. der Meinung zu ſeyn, daß die rest. fructuum bei dem interd. nicht in Frage komme, weil außerdem der Zweck einer ſchleunigen Entſcheidung verfehlt werden würde. A. M. iſt jedoch Mävius p. IX. dec. 166. Stryck us. mod. XLIII. 3. §. 9., weil fructus als Acceſſionen der Hauptſache betrachtet werden müſſen. Derſelben Meinung ſcheint auch Fabricius S. 206. zu ſeyn; denn die daſelbſt erörterte

Frage, ob das interd. auch auf pretia rerum distractarum ſich beziehe? dürfte aus denſelben Gründen bejahet oder verneint werden müſſen, wie die Frage über fructus und impensae.

c) d. l. 1. pr. quor. bon. Vorausgeſetzt wird, daß der Beklagte Erbſchaftsſachen beſitze, l. 2. D. l. 3. C. qu. bon. v. Löhr a. a. O. S. 95. ff.

d) l. 2. C. quor. bon.

e) d. l. 1. pr. D. h. Stryck a. a. O. §. 8.

f) Leyſer Sp. 500. m. 3. 4.

§. 973.

Die Wirkung dieſer Klage, ſofern der Kläger ſein Erbrecht beſcheinigt hat, beſteht darin, daß ihm der Beklagte die Erbſchaft nebſt den erhobenen Nutzungen nach einem zu Recht beſtändigen Inventarium, oder einer eidlichen Specification auszuantworten ſchuldig iſt, und, ſofern er ein beſſeres Erbrecht als der Kläger zu haben vermeint, ſolches mittelſt der Erbſchaftsklage ausführen muß [a]); es wäre denn, daß der Beklagte den Ungrund des von Klägern behaupteten Erbrechts durch Exceptionen, welche in continenti liquid ſind, erweiſen könnte [b]), welchenfalls der Kläger ſeine Zuflucht zur Petitorienklage nehmen müßte. Uebrigens verjährt dieſe Poſſeſſorienklage binnen 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen [c]).

a) l. 3. C. quor. bon.; vgl. §. 972. not. b.

b) Sind hingegen die vorgeſchützten Exceptionen von einer ſolchen Beſchaffenheit, daß ſie einer weitern Erörterung bedürfen (altioris indaginis), ſo wird der Beklagte damit ins Petitorium verwieſen, Arg. l. 3. §. 13. D. ad exhib.

c) Arg. l. 3. C. de praescr. 30. v. 40. ann. Berger Oec. L. II. T. IV. th. 53. n. 8. — Daß forum competens hier immer das forum rei sitae ſey, wie Bayer im Arch. für civ. Pr. VI. 8. S. 187. annimmt, dürfte, wenn bloß von Erbſchaftsmobilien die Rede iſt, wohl noch einigem Zweifel unterliegen, ſo lange man nicht annimmt, daß auch in Anſehung beweglicher Sachen forum rei sitae ohne Weiteres begründet ſey; vgl. Glück VI. §. 519.

§. 974.

II. Das Remedium ex leg. fin. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo hat mit dem Interd. quor. bonorum

gleichen Zweck und gleiche Wirkung [a]). Kann nämlich der Erbe ſogleich durch Producirung eines Teſtaments ſein Erbrecht beſcheinigen [b]), ſo iſt er berechtigt, gegen den Beſitzer der Erbſchaft, ſofern dieſer nicht ein beſſeres Erbrecht in continenti beizubringen vermag [c]), auf die Abtretung des Beſitzes zu klagen [d]). Es verſteht ſich aber ſchon von ſelbſt, daß das Teſtament, auf welches der Kläger ſein Erbrecht gründet, keine ſichtbaren Mängel haben dürfe, widrigenfalls die vom Beklagten dagegen vorgeſchützten Exceptionen in continenti liquid, und die Poſſeſſorienklage ohne Wirkung ſeyn würde [e]). Sind hingegen die Exceptionen von einer ſolchen Beſchaffenheit, daß ſie einer weitern Unterſuchung bedürfen (altioris indaginis), ſo muß der Beklagte, welcher ſein beſſeres Erbrecht hierauf begründen will, ſolches mittelſt angeſtellter Petitorienklage ausführen [f]).

a) H. Piſtoris IV. qu. 11. Carpzov VI. resp. 19. 20. u. p. III. c. 5. def. 18. Leyſer sp. 500. m. 5. sqq. Schulting. ad Paulli recept. sent. IV. 6. in Jurispr. antejust. p. 400. sqq. G. Maſcov ad l. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. in opusc. n. 5. p. 155. Ch. P. Richter ad l. ult. C. de ed. D. H. toll. Jen. 1649. J. E. Link de usu remed. l. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. praecip. in causs. feud. et illustr. Argent. 1792. J. P. de Spreckelsen de remed. ex l. ult. C. de ed. D. H. toll. Goett. 1748. Grupen disc. forenses pr. pag. 6. Pufendorf II. obs. 40. Runde Beitr. II. 3. Günther rechtl. Bemerk. n. 21. v. Bülow Abh. II. 17. Wiefand obs. jur. rom. et sax. sp. XI. n. 2. in opusc. p. 148. sqq. Weſtphal v. Vorleg. der Teſt. rc., auch den pet. u. poſſ. Rechtsm. des Erben. §. 552. ff. (der ſonderbarer Weiſe das interd. qu. bon. gänzlich übergangen hat) u. deſſen Rechtsgutachten, I. 19. v. Löhr in Linde's Zeitſchr. VI. 1.. Savigny Zeitſchr. VI. S. 233. Das Edict des Hadrian bezog ſich zunächſt auf die dem Fiscus zugebilligte vicesima hereditatis, und mehr in dem Intereſſe des Fiscus, um alle Hinderniſſe der Erhebung dieſer Abgabe zu beſeitigen, enthielt es auch die Nebenbeſtimmung, daß der Erbe, der ſein Erbrecht auf ein der äußern Form nach gültiges Teſtament gründete, ſofort missio in bona erlangen ſollte. Dieſe Nebenbeſtimmung erhob Juſtinian in l. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. zur Hauptbeſtimmung, oder vielmehr, er ließ dieſelbe, mit Aufhebung aller übrigen Verordnungen der Hadr. Conſtitution, allein noch beſtehen. Aber auch in der Juſt. Conſtitution iſt immer nur von einer missio in bona die Rede, ſo daß es zweifelhaft bleibt, ob

das Rechtsmittel ex d. l. ult. C. mit den interdictis adipiscendae poss. auf eine Linie zu ſtellen ſey; wie dies in praxi allerdings ziemlich allgemein angenommen wird. Am Ende iſt es aber der Wirkung nach doch wohl ziemlich einerlei, ob man das erwähnte Rechtsmittel als interd. adipiscendae poss. oder bloß als ein Geſuch um missio in bona anſieht; da in beiden Fällen immer nur ein Proviſorium, welches überall Beſchränkungen der Dispoſitionsbefugniſſe des Inhabers nach ſich zieht, begründet wird. Sieht man das remed. ex l. ult. C. als interd. adipisc. poss. an, ſo hat es allerdings mit dem interd. qu. bon. gleichen Zweck und gleiche Wirkung; oder vielmehr, es iſt das interd. quorum bonorum ſelbſt für den Fall der teſtamentariſchen Erbfolge betrachtet. Leyſer l. l. m. 5. Spreckelſen l. §. 8.

b) Was hier von dem Teſtament geſagt wird, von welchem freilich in der d. l. ult. C. allein die Rede iſt, muß, da nach §. 975. auch dem Vertragserben dieſes Rechtsmittel zugeſtanden wird, auch von dem Erbvertrag gelten. Leyser. sp. 43. med. 5. Hommel. obs. 320. Die Bedingung, an welche die Statthaftigkeit des erwähnten Rechtsmittels geknüpft iſt, läßt ſich daher im Allgemeinen ſo ausdrücken, daß eine letztwillige Verfügung des Erblaſſers vorhanden ſeyn müſſe, auf welche das Geſuch um missio in bona geſtützt wird. Ein Erbe alſo, der bloß auf die geſetzliche Erbfolge ſich gründet, kann auf dieſes Rechtsmittel keinen Anſpruch machen; Maſcov l. l. §. 11. Link diss. l. §. 45. 46. Spreckelſen II. §. 4. Glück und Geiger Rechtsf. I. 7. §. 3.; wiewohl, wenn man annimmt, daß das rem. ex l. ult. C. nur ein beſtimmter Fall des interd. qu. bon. ſey, die ganze Sache auf einen Wortſtreit hinausläuft. Es fragt ſich demnächſt, ob die Dispoſition des Erblaſſers, welche hier vorauszuſetzen iſt, eine ſolche ſeyn müſſe, in welcher ein Erbe ernannt wird, oder ob auch andre codicillariſche Verfügungen hierher gehören? Mehrere, und unter dieſen auch Carpzov p. III. c. 5. def. 18. und VI. resp. 20. nehmen das Letztere an; vgl. auch Link §. 42—44. v. Bülow Abh. II. 17. A. M. iſt dagegen Spreckelſen cap. 3. sect. 1. §. 6.; vgl. übrigens §. 975. not. e. Noch weit mehr iſt beſtritten eine zweite Frage, ob das remed. ex d. l. ult. C. eine ſchriftliche Dispoſition vorausſetze? die l. ult. C. äußert ſich in der That auf eine Weiſe, welche auf ein bloß mündliches Teſtament nicht paßt. Ob aber daraus zu ſchließen ſey, daß ein bloß mündliches Teſtament nicht hinreiche, das remed. ex l. ult. C. zu begründen; ob und in wie weit in Anſehung eines test. nuncupativum in scripturam redactum das remed. ex d. l. un. C. ſtatthaft ſey? das iſt die Frage. Daß aus jedem mündlichen Teſtament, auch wenn es nicht in scripturam redactum iſt, das remed. gegeben werde, ſcheinen Carpzov VI. resp. 20. n. 2. Böh-

mer consult. et decis. tom. II. p. 1. n. 649. anzunehmen; vgl. auch das resp. von G. L. Böhmer bei Spreckelſen III. 1. §. 2. Dagegen erfordern scripturam und zwar eine coram notario oder vor Gericht förmlich vollzogene Urkunde Lyncker decis. 1258. Link §. 47. Stryck us. mod. XLIII. 3. §. 2. Mävius p. IX. dec. 144. Spreckelſen II. 10. III. 1. §. 2.; während nach Glück und Geiger Rechtsf. I. 7. §. 5. ff., auch jede andre glaubwürdige Urkunde, wie wenn die Zeugen ſelbſt das Teſtament aufgeſetzt und unterſchrieben haben, oder das Protocoll über die eidliche Ausſage der adhibirten Teſtamentszeugen hinreicht. In der That ſcheint dieſe Theorie dem praktiſchen Bedürfniß am angemeſſenſten. Ob übrigens es Rechtslehrer gegeben habe, welche dem test. nuncupativum Wirkſamkeit in Beziehung auf das remed. ex l. ult. C. unbedingt abgeſprochen haben, bleibe dahin geſtellt; denn ſelbſt die bei Glück und Geiger a. a. O. not. 15. Angeführten ſprechen ſo unbeſtimmt, daß man füglich annehmen kann, auch bei ihnen ſey nur von einem bloß nuncupativen, nicht von einem förmlich in scripturam redigirten Teſtament die Rede. Uebrigens iſt nicht gerade ein testam. solemne erforderlich, um das remed. ex l. ult. C. zu begründen, wie Spreckelſen II. §. 4. aus den Worten des Geſetzes legitimo testium numero etc. folgert; obwohl er ſelbſt cap. 3. sect. 1. §. 3. anerkennt, daß die Praxis auch aus einem test. minus solemni das remed. geſtatte. Der numerus testium iſt offenbar nur da nothwendig, wo Zeugen zu der Form des Teſtaments erfordert werden, weil ohne dieſe das Teſtament an einem vitio visibili leiden würde. Daher findet das remed. ex l. ult. C. auch Statt, nicht bloß bei dem test. publicum, ſondern auch bei einem test. parentum inter liberos, bei welchem gar keine Zeugen erforderlich ſind. Spreckelſen cap. 3. sect. 1. §. 4. Link §. 29. Maſcov §. 14. H. Piſtoris l. l. n. 2. Nur in Anſehung ſolcher privilegirten Teſtamente, bei welchen von der Form unter Vorausſetzungen nachgelaſſen worden iſt, deren Richtigkeit nicht aus dem Teſtament ſofort erhellt, wie bei dem test. temp. pestis und ruri conditum, kann Zweifel entſtehen, ob durch ſie das remed. ex l. ult. C. begründet werde? Liegt nun aber eine ſchriftliche Diſpoſition vor, ſo iſt erforderlich, daß ſie dem judex competens und zwar namentlich, wenn von einem test. privatum die Rede iſt, im Original producirt werde, d. l. un. C. Wer judex competens ſey, das iſt ohne Zweifel nach denſelben Grundſätzen, wie bei der hered. petitio (§. 957.) und dem interd. quorum bonorum (§. 973. not. c.) zu beſtimmen, Link §. 57—60. Maſcov §. 15. 16. Mehrere, namentlich die, welche für die Verhandlung über das remed. ex l. ult. C. den Executivproceß als den geeigneten Rechtsweg anſehen, fordern auch in dem Fall, wenn ein Gegner vorhanden, und nicht etwa das Teſtament in der Form

einer Urkunde producirt worden iſt, welche der Recognition nicht bedarf, Recognition von Seiten dieſes Gegners; vgl. Pufendorf II. obs. 40. §. 3. Allein d. l. ult. C. ſpricht hiervon nicht und in den von Pufendorf angeführten Geſetzen iſt nicht von Recognition des Gegners, ſondern von Recognition der Zeugen die Rede. Dieſe muß aber bereits erfolgt ſeyn, weil ſie zur Form der Eröffnung des Teſtaments gehört, und das remedium ex l. ult. C. ein eröffnetes Teſtament jeden Falls vorausſetzt; vgl. Spreckelſen I. §. 8. A. M., und daß auch recognitio testium ad petitorium gehöre, iſt A. Faber err. pragm. XLVII. 5. In der That ſcheint hier von einer Recognition in dem Sinne, in welchem ſelbige bei dem Beweis durch Urkunden erfordert wird, nicht die Rede ſeyn zu können, wenn nicht der ganze Zweck des Rechtsmittels vereitelt werden ſoll.

c) Das remed. findet demnach Statt nicht nur, wenn der Impetrant es lediglich mit dem Richter zu thun hat, von dem der Nachlaß in Beſchlag genommen worden iſt, ſondern auch, wenn ein Dritter als Gegner, contradictor, auftritt, der entweder ſelbſt den Nachlaß beſitzt, oder doch der von Seiten des Impetranten geſuchten missio in bona widerſpricht. Doch ſoll in dem Fall, wenn ein Dritter mit Widerſpruch hervortritt, eine, wiewohl nur ſummariſche, caussae cognitio darüber Statt finden, wem der proviſoriſche Beſitz des Nachlaſſes zuzuſprechen ſey, d. l. ult. C. Für befähigt zu einem Widerſpruch kann aber, wenn ſonſt termini habiles für das remed. ex l. ult. C. vorhanden ſind, der nicht geachtet werden, welcher bloß pro possessore, oder als praedo beſitzt; vgl. Leyſer sp. 500. m. 9. 11. und dazu Müller ad L. obs. 826. Maſcov diss. l. §. 24. 25. 33. Pufendorf II. 40. n. 6. Link diss. l. §. 18. n. 66. Spreckelſen §. 14. 15. Weſtphal §. 534. Berger Oec. II. 4. 53. not. 3. Dagegen gehört hierher der Fall, wenn der Widerſpruch auf das Daſeyn eines zweiten Teſtaments oder auch auf einen Erbvertrag ſich gründet; vgl. über dieſen Fall F. C. Harpprecht tr. de success. tom. II. in der mantissa resp. n. 8. Maſcov §. 25. Pufendorf II. 40. §. 5. Linke diss. l. §. 52. Grupen a. a. O. p. 14. Runde Beitr. II. 7.

d) d. l. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. Stryck de succ. ab int. diss. VIII. c. 5. §. 34. Dabei iſt jedoch zu bemerken: 1) das remed. bezieht ſich nur auf Sachen, welche der Erblaſſer bis zu ſeinem Ableben in Beſitz hatte; nicht auf Sachen, welche erſt nach dem Tode deſſelben zu der Nachlaßmaſſe kamen; d. l. ult. C. Link §. 24. Maſcov §. 22. 30. Carpzov VI. resp. 19. n. 9. Spreckelſen cap. 1. §. 14. Es bezieht ſich aber auch 2) nur auf ſolche Gegenſtände, über welche zu disponiren dem Erblaſſer ein Recht zuſtand. Alſo nicht auf bona feudalia, Link

diss. I. §. 69. Spreckelſen cap. 3. sect. 3.; eben ſo wenig außer Sachſen auf die ſogenannten Colonatsgüter. Runde Beitr. II. 7. Inzwiſchen nimmt man doch an, daß dem Impetranten auch fremde Sachen, die der Erblaſſer beſeſſen und zu vertreten hatte, ausgeantwortet werden müſſen; Link §. 24. 3) Gewöhnlich nimmt man auch an, daß das remed. ex l. ult. C. ſowohl auf körperliche als unkörperliche Sachen ſich beziehe, daß alſo z. B. der, welcher das remed. durchgeführt hat, auch ein proviſoriſches Recht der Einziehung von Außenſtänden erhalte, Spreckelſen I. §. 14. Link §. 49. A. M. iſt jedoch Cocceji jus contr. XLIII. 2. qu. 3. Grupen a. a. O. S. 16. Weſtphal Rechtsgutacht. 19. n. 14., und es iſt nicht zu leugnen, daß dieſe letztere Meinung als die allein richtige wenigſtens dann erſcheint, wenn das remed. ex l. ult. C. nur ein beſonderer Fall des interd. qu. bon. ſeyn ſollte; 4) die Frage, ob und inwieweit bei dieſem remedium die Nutzungen oder Erbſchaftsſachen, ingleichen Gewährung veräußerter Erbſchaftsſachen in Betracht komme? ſcheint nach denſelben Grundſätzen wie bei dem interd. qu. bon. beantwortet werden zu müſſen. Selbſt wenn das remed. ex l. ult. C. aus dem Geſichtspunkt einer missio in bona betrachtet werden ſollte, ſcheint es nicht angemeſſen in die Verhandlungen über dieſes Rechtsmittel auch die Frage über Gewährung von Nutzungen und ſtattgehabten Veräußerungen mit hineinzuziehen; vgl. Stryck us. mod. XLIII. 2. §. 9.

e) d. l. ult. C. de ed. D. Hadr. toll.; vgl. Stryck us. mod. XLIII. 2. §. 3. 4. Leyſer sp. 500. n. 12. sqq. Maſcov §. 17. Link §. 25. sqq. Günther rechtl. Bem. 21. Claproth ſummar. Proc. §. 196. 198. Was vitium visibile ſey? bedarf eigentlich kaum einer nähern Erklärung. Im Allgemeinen gehört dahin jeder der Gültigkeit im Wege ſtehender Mangel, der aus dem producirten Teſtament ſelbſt unmittelbar und, ohne daß es der Beibringung anderweitigen Beweiſes bedarf, hervorgeht. Dahin gehört nun überall Mangel der subscriptio testatoris, cancellatio und inductio, und zwar auch bei Teſtamenten, in Anſehung deren alle Förmlichkeiten nachgelaſſen ſind, wie bei dem test. militare und ad pias caussas conditum. Bei andern Teſtamenten iſt hierher zu rechnen jeder Mangel in der Form, welche gerade bei Teſtamenten der vorliegenden Art zu beobachten war. Alſo bei einem Teſtament, welches zu ſeiner Form Zeugen erfordert, Mangel an der Zahl oder Unterſchrift der Zeugen, d. l. un. C.; auch wohl, wenn bei Publication des Teſtaments einer oder einige der Zeugen ihre Unterſchrift zu recognoſciren Anſtand genommen hätten; nicht aber allein der Umſtand, daß von Seiten einiger Zeugen die Recognition nicht erfolgt iſt. A. M. iſt, was letztern Punkt betrifft, Spreckelſen I. §. 16. Bei einem test. jud. iſt es vornehmlich die Zahl der bei der Aufnahme zugezogenen Gerichtsperſonen und die Ab=

faſſung des Protocolls, welche in Betracht zu ziehen iſt; vgl. Carpzov VI. resp. 19. n. 11. Spreckelſen III. 1. §. 5. Link §. 27. 28. Günther a. a. O. S. 215. Auch das test. parent. inter liberos fordert zu ſeiner Rechtsbeſtändigkeit eine gewiſſe Form; vgl. §. 743., deren Vernachläſſigung das remed. ausſchließt; vgl. Grupen a. a. O. §. 3. 4. Canngießer dec. 190. Spreckelſen III. 3. §. 4. Link §. 29., wiewohl dafür nicht anzuſehen iſt, daß unter den Kindern auch persona extranea bedacht worden iſt; vgl. Canngießer l. l. — Andre Ausſtellungen, deren Richtigkeit aus der Anſicht des Teſtaments nicht ſofort erkennbar iſt, ſtehen dem remed. ex l. ult. C. nicht entgegen. Dahin gehören Ausſtellungen über die unitas actus, die rogatio testium; die Behauptung, daß der Teſtirer durch Betrug, Ueberredung, Zwang zu Errichtung des Teſtaments veranlaßt worden ſey, vgl. Harpprecht l. l. n. 26. Ferner die Behauptung des Mangels der test. fact. activa oder passiva. Auch iſt die exc. falsi test. nicht von der Art, daß ſie das remed. ausſchließen könnte. Am häufigſten iſt über die Frage geſtritten worden, ob Verletzung der Rechte der Notherben die Anwendung des remed. ex l. ult. C. hindere; vgl. Carpzov VI. resp. 19. n. 19. Stryck us. mod. XLIII. 2. §. 3. Leyſer sp. 500. m. 21. Müller ad L. obs. 827. Spreckelſen II. §. 7. Maſcov §. 19—21. Canngießer dec. 190. Doch gehört eine ſolche Verletzung ad vitia visibilia, wenn bei Ausſchließung der Notherben, deren Exiſtenz als bewieſen vorausgeſetzt, die in der N. 115. vorgeſchriebene Form nicht beobachtet worden iſt. Hierbei entſteht noch die doppelte Frage: 1) ob ein vitium non visibile nicht wenigſtens dann gegen das remed. geltend gemacht werden könne, wenn es in continenti liquid gemacht worden iſt? Die Frage iſt in dem Geiſt und nach den Worten der l. ult. C. unſtreitig zu bejahen und wird auch von den meiſten Rechtslehrern bejahet; vergleiche außer den angeführten H. Piſtoris a. a. O. n. 13. ff. Mävius consil. 98. n. 141. Carpzov p. III. c. 5. def. 18. Was die Liquidität betrifft, ſo ſcheint dieſelbe nicht in der Maße nothwendig, wie ſie in dem Executivproceß erfordert wird; a. d. l. ult. C. verb. si autem aliquis contrad. etc. A. M. ſind natürlich die, welche annehmen, daß die Verhandlung über das remed. die des Executivproceſſes ſey. Hiernach kann denn namentlich die Einrede der ermangelnden test. fact. activa in Betracht kommen, wenn nachgewieſen wird, daß der Erblaſſer das Alter der Teſtamentsmündigkeit nicht erreicht hat, oder furiosus geweſen iſt. Was das Letztere anlangt, ſo ſcheint die Replik, daß der Teſtirer in dilucidis intervallis teſtirt habe, nicht hinreichend, um die Statthaftigkeit des remed. zu begründen; außer in Sachſen, wenn die §. 648. erwähnte Form beachtet worden iſt. 2) Kann das Daſeyn eines vitium visibile durch

Caution von Seiten des Klägers beſeitigt werden? Dies ſcheint verneint werden zu müſſen; vgl. H. Piſtoris l. l. n. 26. 27.; 3) ſteht der Statthaftigkeit des remed. entgegen, daß vor Anſtellung des remed. die Gültigkeit des Teſtaments wegen eines vitium non visibile angefochten worden iſt? Bejahet wird wegen l. l. C. ut. tit. pend. dieſe Frage von Mävius p. II. dec. 281. Harpprecht l. l. n. 87. Inzwiſchen rechtfertigt d. l. 1. C. dieſe Annahme keinesweges; vielmehr ſcheint l. ult. C. auch hier noch eine Erörterung über Regulirung des Beſitzſtandes zu geſtatten.

f) Sehr richtig wird hier die Anſicht eines poſſeſſoriſchen Rechtsmittels gegen die Anſicht von Leyſer sp. 500. m. 7. 8. Coler. de proc. ex. III. 3. n. 30. Finkelthaus col. 121. Spreckelſen cap. 3. §. 1. Wieſand l. l. Pufendorf II. 40. §. 1. (wiewohl die beiden letztern nur von einem dem Executivproceß ähnlichen Verfahren ſprechen), nach welchem die Verhandlung über das remed. ex l. ult. C. eine Art des Executivproceſſes iſt, angenommen. Vgl. gegen die letztere Anſicht Müller ad L. obs. 826. und 596. (tom. IV. fasc. 1. S. 187.). Maſcov §. 29. Berger S. E. D. F. p. X. tit. 5. n. IX. Biener qu. 65. in opusc. II. S. 256. Allein eine andere Frage iſt, ob, wenn man die Regeln des Executivproceſſes hier nicht anwenden will, nach ſächſ. Recht überhaupt noch ein ſummariſches Verfahren für das remed. ex l. ult. C. Statt finde? vgl. §. 971. not. a. Beſtritten iſt auch nach gem. Recht, ob gegen ein in dem Streit über remed. ex l. ult. C. geſprochenes Urthel ein Rechtsmittel Statt finde? Man leugnet dies vornehmlich wegen l. 7. D. de opp. rec.; vgl. Cramer obs. jur. un. I. 353. III. 813. Link §. 63. 64. Maſcov §. 32. Spreckelſen II. §. 17. Runde Beitr. a. a. O. §. 5. sqq. In Sachſen läßt ſich die Anwendbarkeit eines Rechtsmittels nicht bezweifeln, da nach neuerm Recht ein ſolches ſelbſt in possessorio summar. Statt hat. Geſetz sub B. vom 28. Januar 1835. §. 19. (GS. n. 18.).

§. 975.

Es kann dieſe Klage nicht nur von dem Teſtamentserben, er ſey nun ex asse oder zu einem Theil der Erbſchaft eingeſetzt [a]), ohne Unterſchied, ob er directer oder ſubſtituirter [b]) oder Fideicommißerbe [c]) iſt, ſondern auch von dem Vertragserben [d]), keinesweges aber von einem bloßen Vermächtnißnehmer [e]), übrigens nur gegen denjenigen, welcher pro herede oder possessore, hingegen nicht gegen den, welcher titulo singulari beſitzt [f]), angeſtellt wer-

den. Sie verjährt wie die Erbſchaftsklage; in Sachſen alſo binnen 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen [g]).

a) d. l. un. C. Pufendorf II. 40. §. 4. Ohne Zweifel kann auch ein bloß in den Pflichttheil eingeſetzter Erbe des remed. ſich bedienen, Richter diss. l. n. 53. Lyncker decis. 1835. Zweifelhafter iſt, ob auch ein heres ex re certa auf daſſelbe Anſpruch machen könne? Ließe ſich annehmen, daß das remed. ex l. ult. C. auch den Legatarien zuſtehe, ſo wäre gar kein Bedenken, die Frage zu bejahen. Da aber der richtigern Meinung nach die Legatarien des remed. ex l. ult. C. ſich nicht bedienen können (vgl. not. e.), ſo kommt alles darauf an, zu beſtimmen, in wie weit, und ob namentlich auch rückſichtlich der missio in bona der heres ex re certa einem Vermächtnißnehmer gleichzuſtellen ſey; vgl. oben §. 679. 680. 681. Fachinäus contr. IV. 21. P. Busii notae ad Pand. und zwar ad l. 35. D. de her. inst. Lauterbach coll. Pand. XLIII. 2. §. 15. Link §. 50. Weſtphal Rechtsg. n. 59. §. 52. S. 77.

b) l. 65. D. de V. S. l. 194. D. de R. I. Spreckelſen II. §. 10. Link §. 51—53. Maſcov §. 12. Vgl. jedoch namentlich über potestas substituendi bei der subst. pupillaris und quasi pupillaris Grupen a. a. O. §. 4. S. 9. Auch wird natürlich allemal vorausgeſetzt, daß der Eintritt des casus substitutionis außer Zweifel ſey; vgl. Link §. 52. Eben ſo ſteht das remedium auch dem Erben des Erben zu, d. l. 65. Link diss. l. §. 34.

c) Vorausgeſetzt natürlich, daß restitutio fideicommissi von Seiten des Fiduciar erfolgt und der Nachlaß in den Händen eines Dritten befindlich ſey; Cramer obs. jur. un. III. 845. Stryck us. mod. XLIII. 2. §. 7. Spreckelſen II. §. 11., welcher §. 12. die entgegengeſetzte Meinung von Giphan. ad d. l. ult. C. widerlegt; Maſcov §. 12. Link §. 55—57. Der Letztere wirft auch §. 36. die Frage auf, ob einem heres ad tempus institutus das remed. ex l. ult. C. zuzubilligen ſey; und bejahet ſie aus dem Grund, weil adjectio temporis nicht beachtet werde. Nach ſächſiſchem Recht, Erbg. §. 3. 4., iſt eine institutio ad tempus allerdings möglich; aber auch nicht zu bezweifeln, daß ein ſolcher Erbe von dem remed. ex l. ult. C. Gebrauch machen könne.

d) Spreckelſen cap. 3. sect. 4.; vgl. auch recipr. von J. P. Schröter Viteb. 1734. J. H. Böhmer resp. et cons. tom. 1. p. 2. resp. 53. Hommel obs. 320. Nun wird vorausgeſetzt, daß von einer successio delata, über welche noch kein Abkommen getroffen worden iſt, die Rede ſey; vgl. Pütter Rechtsf. III. 314. Daß in sp. das rem. ex l. ult. C. Statt finde ex pactis dotalibus, Pufendorf II. 40. §. 5., ſo wie in dem Fall einer unio prolium, Link §. 68. — Daß der, dem eine expectativa feud.

ertheilt worden iſt, von dem remedio keinen Gebrauch machen könne, ſ. Stryck a. a. O. §. 8. Hommel obs. 836.

e) Stryck a. a. O. §. 7. Maſcov §. 35. Struben rechtl. Bed. IV. 31. (318. ed. 2.). Müller ad L. obs. 596. 597. Overbeck Med. IX. 485. A. M. ſind Finkelthaus obs. 121. Leyſer sp. 381. n. 4. Strecker in einem Pr. Erff. 1737. Ueber die Frage, ob ein Legatar auf Bezahlung des Legats executive klagen könne, vgl. §. 785., welchem hinzuzufügen C. G. Einert pro leg. consequendo c. hered. ex test. agi non poss. L. 1772. Biener in qu. 65. in opusc. II. p. 256. Eben ſo wenig kann das remed. ex l. ult. C. einem executor testam. zugeſtanden werden, geſetzt auch, daß demſelben eine Art Verwaltung übertragen wäre; obwohl Link §. 39. wenigſtens in dem Fall andrer Meinung iſt, wenn nicht gegen den Erben ſelbſt geklagt wird.

f) d. l. ult. C. de ed. Hadr. toll. Pütter Rechtsf. III. 314. Maſcov §. 23. Spreckelſen II. §. 14.

g) d. l. ult. C. in fin. Berger Oec. II. 4. 53. n. 4. Maſcov §. 37. Spreckelſen II. §. 18.

Bayerische Staatsbibliothek München

Zuſätze und Berichtigungen.

Erſter Theil.

§. 13. Hinzuzufügen: Sachſenſpiegel oder ſächſ. Landrecht zuſammengeſtellt mit dem ſchwäbiſchen nach dem cod. Palatinus unter Vergleichung mit dem cod. pict. 164. mit Ueberſetzung und Repertorium v. D. K. R. Sachſe. Heidelb. 1848.

25. 2. Ueber Wirkung der Promulgation und ignorantia juris; vgl. J. W. VI. 130.

55. not. e. vgl. J. W. VI. 32. VII. 92. VIII. 25. Pfeiffer pract. Ausführ. VII. 2. n. 7. In Beziehung auf nati ex sponsa iſt zu bemerken, daß nach einer Entſcheid. des OAG. in Sachen Schmidts Vormund ./. die Schmidtſchen Eheleute de ao. 1845. an das Stadtger. zu Leipzig auch die nach einem erſt ſpäter von den Eltern genehmigten Ehegelöbniß erzeugten Kinder den legitime natis gleichſtehen. Die nati ex sponsa haben aber gleichwohl kein Recht, den Namen des Vaters zu führen; J. W. VII. 131.

69. not. a. J. W. V. 116.

112. Ueber Nachforderung der Alimente von Seiten der Ehefrau J. W. VI. 144. VII. 78. 95.

113. Ueber operae artificiales der Ehefrauen Zeitſchr. N. F. V. 31.

118. not. e. J. W. VII. 67.

120. not. b. J. W. VII. 111. 112.

122. not. a. Zeitſchr. N. F. V. 36.

123. not. a. Ueber Reſtitution von Fungibilien J. W. VI. 95.

126. not. i. J. W. VII. 40.

127. not. c. J. W. VI. 129.

129. Ueber Schenkungen unter Eheleuten und unter Verlobten, J. W. VI. 129.

140. eod. Lengnick, der ſächſ. Eheſcheidungsproceß. L. 1847. — ib. not. h. J. W. VIII. 11.

142. Ueber Beweis des Ehebruchs in c. civil. J. W. VI. 291.

144. Pfeiffer pract. Ausführ. VII. 2. n. 8.

146. not. b. J. W. VII. 124.

§. 147. b. not. c. Nehrhof v. Holderberg Archiv. I. 25. J. W. VII. 109. not. h. J. W. VI. 123.

148. not. c. Es bedarf hierzu keines rechtskräftigen Erkenntniſſes, J. W. VII. 115. Pfeiffer pract. Ausführ. V. 3. VII. 2 n. 9. not. d. Die Beſtimmung über Alimente gehört ausſchließlich vor das Ehegericht, Zeitſchr. N. F. V. 48. J. W. VII. 78. Ueber die Einforderung verfallener Alimente nach erfolgter Trennung der Ehe ebendaſ. insbeſ. über die von der Mutter verlegten Alimente der Kinder, J. W. VII. 71. In Anſehung der Kinder hat bei entſtandenem Streit die vormundſchaftliche Behörde zu erörtern, bei welchem der ſtreitenden Theile die Kinder am Beſten aufgehoben ſind; J. W. VII. 99. not. g. J. W. VI. 123.

149. not. a. J. W. VII. 80.

150. not. f. J. W. VII. 80.

154. not. c. a. E. Zeitſchr. N. F. V. 30. J. W. VI. 92.

155. Ob die Mutter alimenta praeterita einklagen könne? J. W. VII. 131.

ib. not. a. J. W. VI. 89.

ib. not. e. Zeitſchr. N. F. VI. i.

186. not. d. vgl. J. W. VI. 89.

192. not. d. Zeitſchr. N. F. II. 41—44.

194. not. d. vgl. Mittheil. des Voigtl. Vereins V. 7.

224. not. a. vgl. die Conventionen mit Preußen, Altenburg und Weimar wegen gegenſeitiger Rechtshülfe v. d. Jahren 1839. fg. §. 39. Abhandl. und Rechtsfälle nach den Entſcheidungen des Jenaſchen Oberapp.-Ger. Jen. 1847. I. 17. n. 3.

244. not. c. Z. 4. v. u. iſt ſtatt deſſ. v. zu ſetzen: GS. n.

257. b. not. aa. Z. 6. v. u. iſt nach N. F. einzuſchalten II.

ib. not. o. Ueber Reſtitution des Lehrgelds wegen eingetretener Untüchtigkeit des Lehrlings J. W. VI. 146.

262. Ueber Gaſt- u. Schenkgerechtigkeit Stelzer in der Zeitſchr. N. F. VI. xiii.

280. not. a. Zuſätze zu der hier angef. Abh. von Pfeiffer; in Bd. V. 8. VII. 2. n. 6.

282. J. W. VIII. 19.

312. not. b. Ueber Ehebündniſſe der Juden J. W. VIII. 18.

Zweiter Theil.

Erſte Abtheilung.

§. 408. vgl. J. W. VII. 84. daſ. insbeſondere von Gemeindegrundſtücken, welche als Zubehör eines Privatgrundſtücks benutzt worden.

§. 409. Ueber bewegliche Pertinenzen eines Grundſtücks und was dafür zu achten ſey, enthält das ſächſ. Recht keine durchgreifenden Beſtimmungen; und noch das Geſ. v. 6. Novbr. 1843. verweiſt §. 65. auf das beſtehende Recht; vgl. zu dem angez. §. Heyne in dem Comm. zu dem angef. Geſetz. §. 411. not. f. In Sachſen hat ſich die Praxis dafür entſchieden, daß im Zweifelsfall das Inventarium nicht als Pertinenz anzuſehen ſey; Schilter. exerc. ad Pand. XXX. th. 130. Leyser. sp. 26. med. 6. sp. 209. med. 8. Berger. E. D. J. XXXIX. obs. 7. not. 1.; vgl. auch die Motiven zu dem Entw. des Geſ. v. 6. Novbr. 1843. in den LA. v. 1843. I. 2. S. 104.

415. Nehrhof v. Holderberg Arch. II. 23. n. 2—4.

426. Ueber Eigenthum an rebus sacris Nehrhof v. Holderberg Arch. II. 22.

480. not. c. Ueber Cumulation des petitorium et possessorium J. W. VII. 84.

533. not. c. Z. 2. 3. v. u. l. ſtatt: l. 15. D. de H. E. l. 18. D. de A. E. V. — add. J. W. V. 129. p. 303.

535. not. c. J. W. III. 5.

553. not. w. add. Pfeiffer pract. Ausführung VII. 1. n. 3.

573. not. c. Pfeiffer pract. Ausführ. I. 2. VII. 1. 2.

577. add. Schwarze u. Heyne Unterſ. n. 3.

578.b. not. c. Pfeiffer a. a. O. VII. 9.

583. vgl. J. W. VII. 110. VIII. 15. und zu not. a. über rest. dotis, J. W. VII. 112.; vgl. auch §. 118.

591. Ueber Vorkauf in Dismembrationsfällen.

612.b. not. s. t. J. W. V. 4. Zeitſchr. N. F. II. 51. v. Langenn u. Kori II. 23.

623. not. a. add. Bemerkungen, die Praxis der Laudemialbefugniß betr. in der Zeitſchr. N. F. VII. IX.

624. Ob const. sep. als lex prohibitiva in Beziehung auf Erwerb des Befugniſſes, Lehngeld zu erheben, anzuſehen ſey? vgl. Haubold Handb. §.477. Zuſ. Zeitſchr. N. F. a. a. O. n. I. Inwiefern nach dem Ablöſ.-Geſ. v. 1832. ein Recht, Lehngeld zu fordern, erworben werden könne, ib. n. XIII.

625. not. b. vgl. Weiske pract. Unterſuch. auf dem Gebiete des ſächſ. Rechts; 2. Heft. L. 1846. G. F. Steinacker de probat. laudemii diuturna consuetudine introducti; sp. 1. 2. L. 1848. Der Verf., welcher in mehrern Puncten die Anſichten von Beck a. a. O. beſtreitet, bemerkt sp. II. §. 4., daß die Worte in dem vorl. §., ſo oft es erfordert, nicht dem angef. Generale entſprechen, in welchem es vielmehr heißt: ſo oft ein Fall exiſtirt; vgl. auch J. W. VIII. 35. Zeitſchr. N. F. a. a. O. n. II. III.

§. 626. Ueber Sterbelehn Zeitſchr. N. F. a. a. O. n. VII.

628. n. l. Ueber den Fall, wenn Parzellen eines Rittergutes verkauft oder Commungrundſtücke Einzelnen überlaſſen werden, Haubold §. 480. Zuſ. 1. Zeitſchr. a. a. O. n. VI.

ib. n. 4. Zeitſchr. a. a. O. n. XI.

629. a. not. b. f. l. Zeitſchr. a. a. O. n. VIII. IX. X. — not. f. Ob die Lehnsreichung verweigert werden kann, ſo lange das Lehngeld nicht berichtigt iſt, Zeitſchr. a. a. O. n. XIII.

ib. not. e. Eben ſo wenig iſt Lehnwaare von fructibus pendentibus zu entrichten; vgl. J. W. VIII. 67.

ib. b. not. f. Zeitſchr. a. a. O. n. IV. u. von actibus conservativis ib. n. V.

630. not. g. Die Ausübung des Rechts, den Erbzinsmann wegen nicht gezahlten Canons zu entſetzen, kommt h. z. T. wohl nur ſelten vor. Daß es aber gänzlich außer Gebrauch gekommen ſey, was Heyne in dem Commentar zu dem Geſetz über Grund- u. Hyp.-Bücher §. 31. behauptet, läßt ſich doch wohl nicht annehmen.

631. not. e. Die neueſten Beſtimmungen über Ablöſung der Lehnwaare enthält das Geſ. v. 21. Jul. 1846. GS. n. 34. und dazu V. v. 30. Septbr. 1846. GS. n. 62. Durch dieſe ſind die Beſtimmungen des Ablöſungs-Geſ. in mehr als einer Beziehung geändert worden. Vornehmlich darin, daß die Ablöſung der Lehnwaare jetzt nicht bloß in Folge einer Vereinigung der Intereſſenten, ſondern auch auf einſeitigen Antrag erfolgen kann. Ueber die Ausführung der Ablöſung iſt das Geſetz ſelbſt zu vergleichen. Es werden in demſelben die Fälle berückſichtigt: 1) der ſeltnere, wenn das Lehngeld ohne Rückſicht auf eingetretene Beſitzveränderungen als eine Art directer Abgabe in gewiſſen wiederkehrenden Zeitabſchnitten zu entrichten iſt; 2) der gewöhnliche, wenn das Lehngeld zu entrichten iſt wegen eingetretener Beſitzveränderungen, entweder in einer ein für allemal beſtimmten Summe, oder als eine Quote des Werths des Grundſtücks, in welchem letztern Fall die Ermittelung des Werths auf eine beſondere vorgezeichnete Weiſe erfolgen muß. — Zum Behuf der Berechnung ſind der V. Hülfstafeln, ſo wie eine Anleitung zu dem Gebrauch derſelben beigefügt; vgl. Merkel an dem ad §. 623. angef. Ort. §. 68. ff. Uebrigens bezieht ſich das Geſ. auch auf andre Abentrichtungen, welche vermöge beſondern Rechtstitels bei Beſitzveränderungen, Verpfändungen von Grundſtücken (Gönnegeld), Uebertragung von Pfandrechten hin und wieder vorkommen.

634. vgl. J. W. V. 129.

Zweite Abtheilung.

§. 643. not. b. vgl. 885. Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1493. S. 41. not. 52.
650. vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 1507. 1508.
673. vgl. Mühlenbruch in der Fortſ. XXXIX. §. 1437. 1438. XL. §. 1438. b.—1444. not. g. Heumann in Linde's Zeitſchr. XIX. 10. Ueber Einſetz. der personae incertae vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 1438. b.; insbeſ. von der Einſetzung eines erſt zu errichtenden Inſtituts.
674. Mühlenbruch a. a. O. XL. §. 1442.
ib. not. c. derſ. §. 1444. a.
ib. not. f. Ueber test. mysticum derſ. §. 1443.
675. Ueber captatoria institutio Mühlenbruch a. a. O. §. 1444.
678. Mühlenbruch a. a. O. XL. §. 1440. 1441.
679. Ueber institutio ex re certa Mühlenbruch a. a. O. §. 1441. v. Löhr in Linde's Zeitſchr. XIX. 3.
ib. not. b. Ueber inst. in usufructu Mühlenbruch a. a. O. XL. S. 183.
688. add. Toepfer. de implenda ult. vol. condit. Jen. 1842.
691. Nehrhof v. Holderberg Arch. I. 1. S. 6.
694. not. c. Bauer. resp. 46. L. 1795.
709. not. d. vgl. §. 960. not. b.
712. vgl. Mühlenbruch Fortſ. des Glückſchen Comm. XL. §. 1445. ff.
ib. not. a. Mühlenbruch a. a. O. §. 1447. über subst. tacita.
713. d. Mühlenbruch a. a. O. §. 1448.
714. 715. Mühlenbruch a. a. O. §. 1449.
716. not. b. Mühlenbruch a. a. O. §. 1451.
717. not. g. Mühlenbruch a. a. O. S. 375. Daß der enterbte Pupill nicht mit Legaten belaſtet werden könne, l. 41. §. 3. D. de V. et P. S. l. 126. pr. D. de leg. v.
722. not. a. add. Nehrhof v. Holderberg Arch. II. 17.
728. not. d. a. E. vgl. J. W. III. 34.
729. a. Ueber die Frage, ob ein Teſtament, in welchem der Teſtirer ſeine nach ſeinem Ableben vorhandenen Kinder eingeſetzt hat, für ruptum zu achten ſey, wenn nach deſſen Tode ein posthumus zur Welt kommt, vgl. J. W. III. 32. 102. 118. 135.
749. Ueber ein Legat, das einer Concursmaſſe hinterlaſſen worden iſt, Kind. IV. 39.; vgl. auch C. F. Günther. pr. num propter aucta pendente concursu deb. comm. bona citatio edict. iteranda sit. L. 1838.
753. not. i. J. W. III. 65.
770. z. Anf. c. 13. p. III.

§. 779. not. k. add. Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. S. 252. 323.
780. not. d. add. l. 6. §. 2. D. de jure cod. l. 59. et 89. §. 2. D. de leg. 2. l. 22. D. de leg. 3. Arch. f. civil. Pr. II. 26.
781. not. a. Mit der a. E. angezogenen Stelle der EPO. iſt zu verbinden Geſ. v. 6. Januar 1836. (GS. n. 6.) §. 91. 92. Geſ. v. 6. Novbr. 1843. (GS. n. 63.) §. 39.
782. not. h. Z. 1. von oben iſt ſtatt usur. zu leſen: usufr.; u. Z. 3. ſt. de usur. fruct. leg. vielmehr: de usur. et fruct. legator.
789. not. m. add. Elvers Neue Themis I. 10. Sell Jahrb. I. 10.
790. Eine in den öffentlichen Blättern angezeigte Schrift: Siegmund über Berechnung der Qu. F. in dem Fall, wenn Einer u. derſelbe mehrere Theile der Erbſchaft erhält, München 1846, ſcheint hierher zu gehören.
793. vgl. Zuſ. zu §. 780.
798. not. b. Fälle, in denen es ſtreitig iſt, ob substitutio oder fideicommissum vorliege, J. W. I. 27. 62. III. 70. VIII. 24. Schwarze u. Heyne Erört. Anh. n. 12. Ueber Einfluß der cl. cod. auf eine einem Unmündigen ultra pubertatem beſchehene subst. fideic. J. W. VIII. 24.
ib. not. c. S. 410. Z. 1. iſt das M. zu ſtreichen.
800. Ueber caut. fideic. J. W. III. 55. VII. 6. VIII. 24.
802. vgl. J. W. VIII. 24.
803. vgl. J. W. VII. 122. VIII. 24.
805. Ueber Zinſen u. Früchte bei bedingten Fideic. J. W. VIII. 24.
805. b. S. 431. Z. 5. v. u. l. Legatar ſt. Legataren.
ib. not. g. add. Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1498. S. 351.
809. not. h. vgl. Bauer. resp. 139. L. 1803.
ib. S. 453. iſt Z. 8. v. o. zu leſen selecta ſt. solat.
840. Ueber N. 118., welche die Grundlage der gemeinrechtlichen Inteſtatſucceſſion bildet; vgl. Büchel civilrechtl. Erört. II. 2. enth. Streitfragen über N. 118. Insbeſondere über n. 1. S. 2. ff. die Streitfrage, ob nach der N. auch Cognaten berufen, welche zur Zeit des Todes noch nicht einmal concipirt waren. Eine Frage, die nach §. 26. 27. des Erbg. zu verneinen ſeyn würde.
ib. not. dd.; vgl. Büchel a. a. O. n. 3. S. 81.
885. not. f. Zeitſchr. N. F. VII. 16.
891. not. m.; vgl. A. Schmidt (v. Ilmenau) civil. Abh. Jena 1841. n. 3.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

§. 779. not. k. add. Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. S. 252. 323.

780. not. d. add. l. 6. §. 2. D. de jure cod. l. 59. et 89. §. 2. D. de leg. 2. l. 22. D. de leg. 3. Arch. f. civil. Pr. II. 26.

781. not. a. Mit der a. E. angezogenen Stelle der EPO. iſt zu verbinden Geſ. v. 6. Januar 1836. (GS. n. 6.) §. 91. 92. Geſ. v. 6. Novbr. 1843. (GS. n. 63.) §. 39.

782. not. h. Z. 1. von oben iſt ſtatt usur. zu leſen: usufr.; u. Z. 3. ſt. de usur. fruct. leg. vielmehr: de usur. et fruct. legator.

789. not. m. add. Elvers Neue Themis I. 10. Sell Jahrb. I. 10.

790. Eine in den öffentlichen Blättern angezeigte Schrift: Siegmund über Berechnung der Qu. F. in dem Fall, wenn Einer u. derſelbe mehrere Theile der Erbſchaft erhält, München 1846, ſcheint hierher zu gehören.

793. vgl. Zuſ. zu §. 780.

798. not. b. Fälle, in denen es ſtreitig iſt, ob substitutio oder fideicommissum vorliege, J. W. I. 27. 62. III. 70. VIII. 24. Schwarze u. Heyne Erört. Anh. n. 12. Ueber Einfluß der cl. cod. auf eine einem Unmündigen ultra pubertatem beſchehene subst. fideic. J. W. VIII. 24.

ib. not. c. S. 410. Z. 1. iſt das M. zu ſtreichen.

800. Ueber caut. fideic. J. W. III. 55. VII. 6. VIII. 24.

802. vgl. J. W. VIII. 24.

803. vgl. J. W. VII. 122. VIII. 24.

805. Ueber Zinſen u. Früchte bei bedingten Fideic. J. W. VIII. 24.

805. b. S. 431. Z. 5. v. u. l. Legatar ſt. Legataren.

ib. not. g. add. Mühlenbruch in der Fortſ. des Glückſchen Comm. XLIII. §. 1498. S. 351.

809. not. h. vgl. Bauer. resp. 139. L. 1803.

ib. S. 453. iſt Z. 8. v. o. zu leſen selecta ſt. solat.

840. Ueber N. 118., welche die Grundlage der gemeinrechtlichen Inteſtatſucceſſion bildet; vgl. Büchel civilrechtl. Erört. II. 2. enth. Streitfragen über N. 118. Insbeſondere über n. 1. S. 2. ff. die Streitfrage, ob nach der N. auch Cognaten berufen, welche zur Zeit des Todes noch nicht einmal concipirt waren. Eine Frage, die nach §. 26. 27. des Erbg. zu verneinen ſeyn würde.

ib. not. dd.; vgl. Büchel a. a. O. n. 3. S. 81.

885. not. f. Zeitſchr. N. F. VII. 16.

891. not. m.; vgl. A. Schmidt (v. Ilmenau) civil. Abh. Jena 1841. n. 3.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Curtius, Carl Friedrich,

Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts

Bd.: 2,2

Leipzig 1848

J.germ. 37 md-2,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550870-5